

La Distinction du domaine public et du domaine privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 11 Mars 1939, à 13 heures 30

PAR

Jeanne-Marie HUET-GUYARD

JURY { *Président : M. MESTRE, professeur.*
 { *Suffragants* { MM. ROLLAND { *professeurs*
 { LAFERRIERE

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

158-160, Rue Saint-Jacques

1939



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552417_0042

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

La Distinction du domaine public et du domaine privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 11 Mars 1939, à 13 heures 30

PAR

Jeanne-Marie HUET-GUYARD

JURY { *Président* : M. MESTRE, *professeur*.
 { *Suffragants* { MM. ROLLAND
 LAFERRIERE } *professeurs* .

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN.

F. LOVITON & C^{ie}

158-160, Rue Saint-Jacques

1939

A MES PARENTS

A MES BEAUX-PARENTS

A MON MARI

A MON FRÈRE



A Monsieur le Professeur MESTRE

Qui a bien voulu présider à ces
travaux.

Nous nous proposons dans cette étude de traiter de la distinction du domaine public et du domaine privé. Depuis un siècle environ, il est en effet admis que les biens du domaine se répartissent en deux groupes et qu'à chacun de ces deux groupes correspond un régime juridique différent.

Relativement récente, cette distinction n'est pas née spontanément et c'est à la recherche de ses origines que nous consacrerons notre première partie.

Dans la seconde partie nous exposerons les théories auxquelles elle a donné lieu et nous constaterons alors que si doctrine et jurisprudence ont été d'accord au siècle dernier pour adopter la distinction en question, elles ont été l'une et l'autre fort partagées et elles le sont encore sur deux points, à savoir : l'établissement d'un critérium de la domanialité et les droits dont peut être l'objet le domaine public de la part de l'administration. Ces deux parties seront suivies d'une courte conclusion dans laquelle nous serons amené tout naturellement à donner le dernier état de la question, objet de notre travail.

PREMIÈRE PARTIE

Avant d'exposer les origines de la distinction du domaine public et du domaine privé, il convient de faire remarquer que celle-ci, admise légalement aujourd'hui, est due à l'élaboration lente et continue de la doctrine et tout particulièrement de la doctrine civiliste.

Dès le dix-septième siècle, quelques auteurs ont esquissé une théorie domaniale différente de celle reconnue par la royauté. Ces auteurs, disons-le tout de suite, n'ont pas fait entièrement œuvre originale puisque c'est en puisant dans le droit romain qu'ils sont arrivés à dégager la notion de « choses publiques ».

Au dix-huitième siècle, ainsi qu'au dix-neuvième, la doctrine a poursuivi son travail. Les premiers commentateurs du code civil, puis Proudhon s'efforcèrent de tirer des articles 538 à 541 du code civil relatifs au domaine, un système contraire certainement à celui voulu par les auteurs du code. C'est ainsi que Proudhon posa comme un principe bien établi la distinction entre un domaine public d'une part, et un domaine de l'Etat d'autre part (1). Cette distinction fut alors acceptée tant par la doctrine administrative que par la jurisprudence et par la loi. Ceci dit, nous allons entrer dans le vif du sujet, non sans toutefois indiquer encore que nous partagerons notre première partie en trois titres.

(1) L'expression domaine de l'Etat employée par Proudhon a été remplacée à la fin du siècle dernier par celle de domaine privé.

Dans le premier titre nous ferons une étude très sommaire du domaine à Rome. Il ne nous semble pas inutile de dire quelques mots à ce sujet, puisque, comme nous l'avons signalé, nos anciens auteurs se sont inspirés du droit romain pour établir leurs théories domaniales.

Dans le second, nous traiterons du domaine sous l'ancien régime.

Dans le troisième du domaine de la Révolution à la loi de 1851 sur la Constitution de la propriété en Algérie, loi la première en date qui emploie l'expression domaine public avec le sens que nous lui donnons actuellement.

TITRE I

Le domaine à Rome

Il était admis, dans le droit romain que tous les biens composant le domaine ne pouvaient être soumis au même régime juridique.

Tandis que certains biens à raison de leur nature ou de leur destination devaient être protégés très efficacement, il n'y avait pas lieu de protéger de la même manière d'autres biens du domaine. On distinguait donc deux catégories de biens domaniaux et nous allons les étudier en un seul chapitre.

CHAPITRE UNIQUE

SECTION I

Dans les Institutes de Justinien, nous trouvons une division des choses en « Choses dans le commerce » et « Choses hors du commerce ».

Les choses dans le commerce étaient celles qui pouvaient appartenir aux particuliers et que l'Etat par conséquent pouvait lui aussi s'approprier. (Nous y reviendrons dans la section II).

Les choses hors du commerce, au contraire, ne pouvaient nullement être la propriété des particuliers. Elles faisaient partie du domaine et y formaient une catégorie spéciale de biens.

Voici les choses qui rentraient dans cette catégorie :

1) Les choses communes (res communes) non susceptibles par leur nature de propriété (air, mer, eau courante).

2) Les choses affectées à l'usage de tous les citoyens (res publicae) : routes, ports, fleuves.

3) Les choses sacrées ou religieuses (res sacrae ou res religiosae) : édifices religieux, lieux de sépulture.

4) Les choses saintes (res sanctae) : murs et portes de ville.

A côté de ces 4 sortes de choses hors du commerce, il y avait les « res universatatis » (théâtres, stades, monuments publics) qui étaient soumises à un droit de propriété collective.

Quant aux rivages de la mer, certains jurisconsultes les classaient parmi les choses communes.

« Et quidem naturali jure communia sunt omnium
« haec ; aer aqua profluens et mare et per hoc littora
maris ». (Inst. Livre II, titre 1, § 1).

Ils en donnaient la raison suivante : les rivages de la mer ne sont en somme que les parties de terres couvertes par les grandes marées. Ils doivent par conséquent suivre le même régime que la mer.

D'autres jurisconsultes les rangeaient, au contraire, parmi les biens du peuple romain.

« Littora in quae populus romanus imperium habet
« populi romani esse arbitror ». (Digeste, Livre 3 Ne quid in loc. publ.).

Les choses hors du commerce étaient reconnues comme telles, soit parce que leur nature ne se prêtait pas à la propriété privée, soit parce que leur destination ne s'y prêtait pas non plus, soit encore parce que la loi en avait décidé ainsi.

C'est ainsi, par exemple, que les fleuves (1), les ports tenaient leur caractère de choses hors du commerce de leur nature même, tandis que les voies publiques, les routes consulaires, les voies vicinales et même dans certains cas les voies construites par les particuliers étaient affectées du caractère de choses hors du commerce par leur destination.

(1) A propos des fleuves, notons que ce qui était chose publique dans le fleuve, c'était le fleuve envisagé comme route, comme moyen de transport, car l'eau comme toute eau courante faisait partie des res communes et le lit appartenait au riverain ou était considéré comme res nullius.

Quels étaient les droits reconnus à l'Etat sur ces choses hors du commerce. Ils étaient assez restreints et ne comportaient pas celui de propriété au sens de « propriété quiritaire ». L'Etat avait seulement un droit de protection et de gestion à leur égard. Il ne pouvait pas les aliéner et elles étaient imprescriptibles. L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens hors du commerce étaient mentionnées au digeste. Voici ce que nous y lisons au sujet de l'inaliénabilité : « Si scias alienationem non esse ut sacra et reli-
« giosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica ». (Dig. Livre 6 De contrahenda emptione).

Pour l'imprescriptibilité le texte n'est pas moins net :
« Usucapionem recipiunt maxime res corporales exceptis
« rebus sacris, sanctis, publicis populi romani et civita-
« tum. Praescriptio longi temporis ad obtinenda loca juris
« gentium publica concedi non solet ».

L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des choses hors du commerce étaient protégées de trois manières :

- 1) Par l'imperium du magistrat.
- 2) Par le pouvoir reconnu à tout citoyen de dénoncer tout empiètement au moyen de l'action « operis non nunciato » qui prenait le caractère d'action publique.
- 3) Par les interdits prétoriens, les uns prohibitives, les autres restitutoires. Ces interdits avaient chacun leur formule suivant la nature du dommage à réparer et suivant la chose à protéger.

Malgré ce caractère d'inaliénabilité qui affectait les choses hors du commerce, certains droits privés pouvaient exister à leur occasion. Tout d'abord, il était naturel que les citoyens pussent jouir des droits conformes à la destination de ces choses (par exemple de prendre jour et d'ouvrir des issues sur les voies publiques, de passer sur ces

voies, d'assister aux offices religieux, etc...). De plus, l'autorité publique pouvait concéder certains droits à un citoyen, par exemple lui accorder l'autorisation de construire sur un terrain public, si les constructions ne devaient pas gêner, et cela moyennant une redevance.

Les choses hors du commerce jouissaient donc dans le droit romain d'une protection toute particulière. Elles faisaient sans doute partie du domaine de Rome, mais ne lui appartenaient pas, puisque celle-ci ne pouvait exercer à leur égard les droits reconnus au propriétaire, à savoir, le *jus utendi*, le *jus fruendi*, le *jus abutendi*. Ces choses étaient consacrées, affectées à l'usage de tous et Rome avait sur elles un simple droit de garde.

Mais ces choses ne constituaient pas tout le domaine de l'Etat Romain. D'autres biens en faisaient partie qui ceux-là appartenaient en pleine propriété à l'Etat.

SECTION II

Les biens qui n'étaient pas hors du commerce étaient dans le commerce et par suite pouvaient être la propriété des particuliers ou de l'Etat.

Le domaine constitué par des biens de cette sorte s'appelait à Rome « *Ager publicus* ». Très peu important aux origines de Rome, cet *ager publicus* devait s'agrandir au fur et à mesure des conquêtes romaines. En effet, à chaque victoire, le peuple romain s'attribuait un tiers des terres conquises, les deux autres tiers restant aux vaincus.

Comment le peuple romain utilisait-il les terres faisant partie de cet *ager publicus* ? Les unes étaient partagées entre les citoyens par une loi agraire, ou bien encore elles étaient utilisées pour la fondation des colonies de vétérans.

Les autres (les terres cultivées) étaient vendues et les sommes qu'on en retirait étaient versées au trésor. D'autres encore étaient louées par l'Etat. Quant aux prairies et aux bois, ils formaient les « compascua » et moyennant une redevance fixée d'après le nombre de têtes de bétail que chaque citoyen y envoyait, ils servaient à l'usage de tous.

Enfin les terres incultes appartenaient au premier occupant (agri occupatoris) mais celui-ci était tenu de remettre au trésor une part des fruits perçus. Donc en résumé, le peuple romain était propriétaire soit en droit, soit en fait, de l'ager publicus mis en location, des compascua, des terres occupées. Il restait également propriétaire des terres vendues et des terres partagées entre les citoyens. En effet, il pouvait, à tout moment, reprendre les terres et les vendre à nouveau.

En somme, le peuple romain, personnifié par l'Etat, avait un droit de propriété sur la plus grande partie du territoire : il avait une sorte de domaine éminent sur toutes les propriétés privées.

Les droits du propriétaire particulier étaient donc des plus précaires. Peu à peu cependant, l'Etat perdit ses droits sur la presque totalité de l'ager publicus. Sous l'Empire, en effet, on abusa tellement des distributions de terre, on accorda en tellement grande quantité des droits d'occupation aux patriciens, que les bénéficiaires de ces droits surent les défendre et que l'Etat vit son ager publicus diminuer puis disparaître.

D'autre part et sous l'Empire également, les biens de l'Etat arrivèrent à se confondre avec les biens privés des Empereurs qui s'attribuèrent non seulement ce qui restait de l'ager publicus, mais encore toutes les choses hors du commerce.

L'ager publicus, au temps de sa prospérité, constituait, nous l'avons vu, une véritable propriété de l'Etat puisque celui-ci pouvait le louer, le vendre, en tirer toutes les ressources consécutives au droit de propriétaire.

Il y avait donc à Rome, deux sortes de biens domaniaux. Les biens hors du commerce inaliénables et imprescriptibles, et l'ager publicus ou biens in patrimonio populi, véritable propriété de l'Etat.

Cette distinction entre choses hors du commerce et choses in patrimonio populi était à la base du droit public romain et elle le gouverna entièrement jusqu'à la chute de la République.

Sous l'Empire, il se passa, ce qui arrivera chez nous, sous l'ancien régime, au temps de la monarchie absolue, les Empereurs s'approprièrent tous les biens, biens hors du commerce comme les autres. Dès lors, c'en fut fini de la distinction entre choses hors du commerce et choses in patrimonio populi. Il n'y eut plus qu'un seul domaine, celui de l'Empereur, comme il n'y aura dans notre ancien droit qu'un seul domaine celui du roi.

TITRE II

Le Domaine dans notre ancien droit

Il peut sembler au premier abord que l'étude du domaine dans notre ancien droit ne présentera pas grand intérêt quant au sujet choisi pour notre travail. En effet, non seulement il n'existait, sous l'ancien régime, aucune distinction entre les différents biens composant le domaine, mais encore on y faisait rentrer alors une foule de biens qu'il n'est plus question aujourd'hui de comprendre parmi les dépendances domaniales.

Nous avons pensé, toutefois, qu'il ne serait pas inutile d'étudier la notion qu'on se faisait du domaine dans notre ancien droit, pour deux raisons. Sans doute, actuellement, nous avons une conception du domaine très différente de celle d'alors, mais pour être différente il n'en reste pas moins vrai qu'elle s'explique forcément par ses antécédents. Le domaine a toujours existé, il a même été pendant des siècles l'unique ressource de la royauté, il est donc intéressant de connaître les caractères qu'il avait aux différentes époques de notre histoire.

D'autre part, si le droit domanial de l'ancien régime ne connaissait qu'un seul domaine dans lequel il n'y avait pas lieu de classer à part certains biens, des auteurs, des civilistes pour la plupart, ayant été frappés en étudiant le droit romain par « la division des choses », s'étaient effor-

cés de dégager la notion de « choses publiques » et étaient ainsi arrivés à construire tout un système juridique.

Nous diviserons notre titre en deux chapitres.

Dans le premier nous ferons l'historique du domaine depuis l'invasion des barbares en Gaule jusqu'à la Révolution de 1789, après quoi nous essaierons de dégager les caractères de ce domaine, côté doctrine officielle. Dans le second, nous étudierons les théories originales présentées par ces juristes qui, puisant dans le droit romain, en avaient tiré des notions très opposées à celles de la doctrine de la royauté.

CHAPITRE I

SECTION I

Vers la fin de l'Empire Romain, la Gaule fut envahie par des Barbares. Ceux-ci s'emparèrent de tous les biens, sans distinction aucune.

Ces Barbares ne furent pas capables évidemment de reprendre les distinctions des jurisconsultes romains et ils ne virent dans les choses « hors du commerce » que des choses semblables aux autres qu'en conséquence ils s'approprièrent. Si bien que lorsqu'on arrive à l'époque des premiers rois Francs, le domaine est une véritable propriété qui s'hérite et se partage. Comme alors le roi tire toutes ses ressources du domaine, il cherche à l'agrandir constamment et y fait rentrer des droits comme ceux de deshérence, de vacance, de confiscation, les amendes, les contributions de guerre, les dons annuels, volontaires d'abord, obligatoires ensuite.

Quant aux choses publiques, comme les ports, les fleuves, les ponts, elles sont taxées quant à leur usage et les droits auxquels elles donnent lieu, rentrent également dans le domaine. Ce sont les droits de péage sur les ponts, d'octroi, d'accostage aux quais des ports, de navigation, de domaine, de foire, de marché. Et ainsi, en assimilant ces droits à des revenus fonciers, les choses publiques se trouvent absorbées dans le domaine royal. L'impôt lui-même rentre dans la catégorie des revenus domaniaux. Ainsi, les biens du domaine s'accroissent sans cesse et tous sont réunis

sous la main d'un seul : le roi. Ce dernier très puissant va peu à peu perdre son pouvoir, son autorité, ses biens au profit des seigneurs. Ce sera, alors, l'époque féodale, époque qui verra le morcellement du domaine royal. Ce morcellement se fit en plusieurs temps. Tout d'abord, le roi, se trouvant toujours à manquer de ressources, malgré l'accroissement perpétuel du domaine, eut l'idée d'accorder des immunités, puis de concéder des terres (fiefs, bénéfices), puis de reconnaître l'hérédité des fonctions publiques.

L'immunité consistait en ce que interdiction était faite au fonctionnaire royal de pénétrer sur les terres de l'Immuniste. Au début impôts et amendes étaient perçus par l'Immuniste au profit du roi, mais peu à peu l'immuniste s'attribua le profit de ces redevances et ce qui était revenus publics, devint ainsi revenus de l'immuniste. Les Bénéfices et les Fiefs étaient des concessions de terre faites par le roi à un seigneur qui devenait son vassal et qui moyennant certaines redevances avait un droit de jouissance viager sur la terre concédée ; à la mort de ce vassal la terre devait revenir au roi ; mais en fait dès la fin du neuvième siècle il était admis que le bénéfice était héréditaire.

En concédant bénéfices et fiefs, le roi diminuait donc singulièrement sa propriété foncière. Il se privait ainsi par les immunités et par les concessions de terre de deux sortes de revenus (impôts et terres).

Pour mieux encore s'appauvrir, semble-t-il, il reconnaît en 877 l'hérédité des fonctions publiques par le Capitulaire de Quiercy-sur-Oise, ce qui amène les détenteurs de ces fonctions, non seulement à se considérer comme propriétaires des produits de leurs offices, mais encore du domaine soumis à leur autorité. Ils s'approprient de cette façon, les forêts et les petits cours d'eau parce que la chasse

ou la pêche leur sont réservées et qu'ils perçoivent des droits à leur occasion ; ils s'approprient de même les routes et les rivières parce qu'ils perçoivent des droits de péage sur celles-ci ; ils s'approprient encore les rues et champs de foire, parce qu'ils perçoivent des droits de marché ou de vente.

Il arrive donc un moment où le roi ne se trouve plus à posséder qu'un domaine très amoindri, puisque les terres et les droits sont inféodés. Voici le système : le roi concède des terres à des seigneurs ; ceux-ci concèdent une partie de ces terres à d'autres seigneurs qui à leur tour peuvent en concéder une partie. Ce qui existe pour les terres existe aussi pour les offices, si bien qu'on pouvait tenir en fief, les droits de forêt, de péage, de foire. Les choses publiques, sous ce régime, sont-elles aussi soumises aux conditions de la tenure féodale ?

« En France, dit un ancien auteur, plusieurs fleuves et rivières navigables appartiennent à quelques seigneurs et non au roi et au domaine ».

Et Beaumanoir, l'auteur du remarquable *coutumier* « Les Coutumes de Beauvoisis » écrit ceci :

« De droit commun tous les quemins sont et appartiennent en toutes cozes au seigneur de la terre qui tient en baronnie, soit les dits quemins parmi leur domaine, ou parmi le domaine de leurs sujets ».

Aussi n'est-il pas étonnant que sous le régime féodal le roi se trouvait souvent à être plus pauvre que les seigneurs, ses vassaux. C'est encore Beaumanoir qui dit que « le domaine royal n'est ni le plus vaste, ni le plus riche des seigneuries dont la réunion forme la France ». Malgré cet état de fait, le domaine royal va se reconstituer dès Philippe le Bel. C'est qu'en effet, si le roi n'est pas

riche, il n'a personne au-dessus de lui ; il est le seigneur des seigneurs, le suzerain suprême ; il forme le couronnement de la hiérarchie féodale. La propriété féodale n'est qu'une propriété de fait pour les vassaux. En droit, toute propriété relève du roi. Pour recouvrer ses droits, celui-ci n'aura qu'à resserrer le lien féodal et c'est ce qu'il fera au fur et à mesure qu'il se sentira plus puissant. Il sera d'ailleurs aidé dans ce sens par les légistes qui, à l'aide des règles féodales et du droit romain, vont travailler de toutes leurs forces au rétablissement de la souveraineté du roi sur tout le territoire de la France.

Dès Philippe le Bel, disions-nous, cet effort de reconstitution du domaine est entrepris. Lors de son avènement, Philippe le Bel se donne comme le garde général du royaume. Il se sert du droit romain, en grande faveur à cette époque, et au nom du principe « *Quidquid principi placuit légis habet vigorem denit* » il exerce des revendications et accroît considérablement son domaine.

Les rois qui lui succèdent suivent la voie tracée et utilisent toutes les ressources du droit pour aboutir à leurs fins. La maxime féodale « Nulle terre sans seigneur » fait du roi de nom, d'abord, de fait, ensuite, le souverain fiefieux et justicier en tout son royaume.

La royauté travailla si fortement à recouvrer ses droits que lorsque François I^{er} monta sur le trône, le régime féodal n'existait plus.

A partir de ce roi, nous allons assister à un changement complet, du point de vue domanial. Autant à l'époque féodale les droits du roi sur le domaine étaient vagues, irréels, précaires, autant à partir de François I^{er}, ils deviendront de plus en plus absolus, suivant en cela le pouvoir

royal qui, nous le savons, devînt lui aussi un pouvoir absolu.

A l'époque de la royauté absolue, qué deviennent les « Choses publiques » ? Elles font partie du domaine et de ce fait appartiennent au roi qui incarnant la nation Française est, à ce titre, propriétaire du domaine de la Couronne, au sens le plus étroit du mot. La mer, les fleuves, les rivières, les routes lui appartiennent donc comme les autres biens. Les Edits et Ordonnances du règne de Louis XIV ne permettent aucun doute à ce sujet. Prenons par exemple, les Ordonnances de 1660 et de 1681. Elles affirment très nettement la propriété du roi sur les fleuves et les rivières. Celle de 1670 attribue au roi la propriété des grandes routes, tandis que l'Edit de 1681 lui attribue les places fortes.

Quant à l'Edit de 1710 relatif aux rivages de la mer, nous y lisons ce qui suit :

« Considérant qu'il y a des particuliers qui s'attribuent sur le rivage de la mer des droits dont eux ou leurs auteurs se sont mis en possession de leur autorité privée et desquels ils jouissent par usurpation et sans titre, nous avons pris la résolution, usant du droit de propriété que nous avons sur les bords de mer et dont nous avons toujours joui comme seigneur foncier, suivant les us et coutumes de la mer, de réunir ces droits à notre domaine ».

Donc aucune trace, sous la monarchie absolue, d'une classification à part des choses publiques. Elles sont dans le domaine de la couronne et comme telles appartiennent au roi. Est-ce à dire cependant que les juristes de l'ancien régime ne distinguaient pas plusieurs domaines ? (Nous voulons parler en ce moment des auteurs soutenant la

thèse royale). Les anciens auteurs proposaient de nombreuses divisions du domaine, mais aucun ne donnait les mêmes et de plus ces divisions n'avaient nullement pour but d'enlever certaines choses à la propriété du roi. Toutefois, il semble bien que sous la dénomination « biens domaniaux par leur nature », tous les auteurs anciens désignaient les mêmes biens à savoir : la mer, les fleuves, les rivières navigables, les grands chemins, les murs, les remparts fossés et contrescarpes des villes.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, ces biens domaniaux par leur nature ne jouissaient pas alors d'un régime juridique particulier.

À côté des biens domaniaux par leur nature, les anciens auteurs distinguaient, le domaine ancien et le domaine nouveau, le domaine corporel et incorporel, le domaine muable et immuable, le domaine fixe et casuel, etc...

Toutes ces divisions nous rendent très difficile, pour ne pas dire impossible une définition du domaine de la couronne sous la monarchie absolue. Peut-être pourrions-nous donner une énumération des nombreux biens le composant, mais comme nous risquerions d'être incomplet, nous nous contenterons de dire que ce domaine comprenait, outre des biens, des droits réels ou mixtes et aussi des droits fiscaux (petit scel, centième denier par exemple).

Nous avons laissé de côté, à dessein, dans cette première section l'étude des caractères que présentait le domaine dans notre ancien droit. Nous allons y consacrer la seconde section.

SECTION II

Dès le ^{xiv}^e siècle, c'est-à-dire dès le commencement de la reconstitution du pouvoir royal, le domaine de la

couronne nous apparaît affecté de deux caractères principaux : il est inaliénable, il constitue la majeure partie des ressources de la royauté.

- § 1.

Il est de tradition de faire remonter le principe de l'inaliénabilité du domaine de la couronne à l'ordonnance de Moulins de février 1566. En réalité, ce principe est apparu beaucoup plus tôt. En effet, il faisait partie des sept lois fondamentales constitutionnelles du royaume. Ces lois étaient des règles coutumières dont l'ensemble, admis par les parlements les jurisconsultes et les Etats généraux, formait une sorte de constitution que le roi lui-même était obligé de respecter.

Il semble que le principe de l'inaliénabilité fut formulé, pour la première fois, à l'assemblée de Vincennes en 1329. Pierre de Cugnières aurait alors déclaré que le roi ne pouvait pas aliéner les droits essentiels de la couronne et qu'il était obligé de révoquer toutes les aliénations consenties.

Notons d'ailleurs, que si le principe n'avait pas été formulé avant cette date, il était déjà connu puisque deux ordonnances, la première du 29 juillet 1318, la seconde du 5 avril 1321, révoquèrent les aliénations faites depuis Saint-Louis.

En avril 1357, une ordonnance révoqua également des aliénations. A partir de Charles V la coutume s'introduisit de faire figurer dans le serment prêté par le roi, lors de son sacre, une clause relative à l'inaliénabilité du domaine.

« Et superioritatem jura et nobilitates coronae Franciae
« custodiam et illa nec transportabo nec alienabo ».

Mais cette clause n'empêcha pas les aliénations puisque en septembre 1483, nous trouvons encore une ordonnance révoquant les aliénations antérieures; et que les Etats Généraux de 1484 se plaindront de ce que Louis XI ait « quasi tout aliéné le domaine ». Si les Etats Généraux protestaient ainsi contre les aliénations du domaine, ce n'était pas uniquement pour protéger le principe ; c'était surtout parce que le roi en diminuant son domaine diminuait ses ressources pour l'avenir et qu'il faudrait alors avoir recours à l'impôt.

Il résulte donc de ce que nous avons exposé ci-dessus que le principe de l'inaliénabilité du domaine existait bien avant 1566.

Dans l'ordonnance de Moulins Charles IX ne fait que proclamer solennellement le principe ; il suffit d'ailleurs de lire le préambule de l'ordonnance en question pour être convaincu de l'existence antérieure de ce principe :

« Et parce que les règles et maximes anciennes de
« l'union et conservation de nostre domaine sont à aucuns
« assez mal et autres peu connues, nous avons estimé très
« nécessaire de les recueillir et réduire par articles et iceux
« confirmer par edict général et irrévocable afin de cy-
« après n'en puisse douter ».

Les trois premiers articles de l'ordonnance contiennent l'essentiel de ce qui nous intéresse :

Dans l'article 1 il est prévu que le domaine pourra être aliéné dans deux cas :

1) Pour la constitution d'apanages aux fils puînés de France avec clause de reversion faute d'hoir mâle.

2) En cas de guerre. L'aliénation du domaine étant faite alors à deniers comptants, après lettres patentes publiées en parlement et avec clause de rachat perpétuel.

Dans l'article 3 il est prévu le retour perpétuel faute d'hoir mâle des aliénations faites par les rois précédents. Cet article vise le cas où les rois antérieurs ont aliéné régulièrement le domaine ? Il ne peut y avoir alors révocation mais le droit de retour faute d'hoir mâle peut toujours être invoqué.

Quant à l'article 2 de l'ordonnance de Moulins, il donne une définition du domaine de la couronne.

Le domaine de la couronne doit être entendu de « celui « qui est expressément conservé, uni et incorporé à notre couronne ».

Il nous faut ajouter que ce domaine comprenait encore, d'après l'ordonnance de Moulins :

1) les biens personnels du roi qui lors de son avènement au trône s'incorporaient à la couronne (c'est la fiction du saint et politique mariage).

2) les biens que le roi pouvait se trouver à acquérir pendant son règne. Ces biens étaient incorporés à la couronne du vivant du roi, pourvu que pendant dix ans l'administration de ces biens ait été confondue avec l'administration du royaume et qu'ils aient été administrés par des fonctionnaires royaux. Les rois étaient, en général, peu partisans de la règle qui tendait à ce que leurs biens personnels fussent incorporés au domaine de la couronne. Henri IV, notamment, essaya d'établir une distinction entre ses biens et ceux de la couronne et pour ce faire le 13 avril 1590, il signa à Nangis des lettres patentes, dans lesquelles il déclarait que ses biens actuels seraient séparés du domaine de la couronne. Les lettres furent envoyées aux fins d'enregistrement, d'abord au parlement de Bordeaux qui les enregistra, puis au parlement de Paris qui refusa de les enregistrer.

Aussi le 18 avril 1591, Henri IV adressa-t-il à ce parlement des lettres « pour la première, seconde, et finale jussion ». Le procureur général Le Guesle présenta les dites lettres à la Grand Chambre et à la Tournelle réunies, puis il prononça « une remontrance » dans laquelle il déclara s'opposer à leur enregistrement..

Henri IV essaya encore une fois de faire enregistrer ses lettres ; n'y réussissant pas, il se résigna et par son édit de juillet 1607, il reconnut la réunion de ses biens personnels à ceux de la couronne.

Revenons maintenant au principe de l'inaliénabilité du domaine. Ce principe fut-il reproduit dans des ordonnances postérieures à celle de Moulins ? Il le fût dans l'ordonnance de Blois de 1579. Ceci nous prouve que le principe n'était jamais bien appliqué. Nous verrons, en effet, dans le paragraphe suivant comment les rois augmentèrent adroitement les exceptions à ce principe et comment certains biens, parce qu'ils étaient placés sous la dénomination élastique de « petit domaine » lui échappaient.

§ 2.

Le domaine de la Couronne constituait pour les rois, d'abord leurs seules ressources, ensuite la majeure partie de leurs ressources. Ceux-ci cherchaient donc toujours à accroître leur domaine, et c'est pourquoi ce domaine était composé sans aucune homogénéité.

En dépit de l'accroissement perpétuel des biens domaniaux, les revenus du roi étaient toujours inférieurs aux besoins, les dépenses publiques augmentant sans cesse. Aussi n'y eut-il plus qu'une solution pour se procurer les revenus nécessaires, vendre des terres ; mais comment s'y prendre puisque le domaine était inaliénable ?

Les rois, très adroitement, tournèrent le principe de l'inaliénabilité. Les domaines ne furent pas directement aliénés, mais engagés. Il n'y eût pas aliénation, mais engagement. Par l'engagement, le roi donnait au prêteur d'une somme d'argent, en guise d'intérêts, les revenus d'un domaine ; il restait donc propriétaire de la nue propriété, mais comme il ne pouvait jamais rembourser le prêteur, celui-ci, en fait, devenait propriétaire du domaine engagé.

Les Engagements furent très nombreux, et si nous en croyons Loyseau (Des Offices Livre II, Ch. 1, n° 44) une grande partie du domaine de France fut aliéné par la voie des engagements, en moins de trente ans après l'ordonnance de Moulins. D'autre part, nous l'avons vu, l'ordonnance de Moulins avait formulé deux exceptions au principe (Constitution d'apanages, cas de guerre) et ces deux exceptions fournirent au roi l'occasion assez fréquente d'aliéner partie du domaine de la couronne.

Enfin, l'Edit de Moulins, publié presque en même temps que l'ordonnance prévoyait que certains biens pourraient être aliénés « les petits domaines ». Inutile de dire, que de plus en plus nombreux, furent les biens qualifiés de petits domaines. Sous Louis XIV, les îles, ilôts, rivières étaient réputés comme tels.

Les aliénations des petits domaines furent très fréquentes, peut-être parce que, comme le faisait remarquer d'Aguessau, les biens du petit domaine étaient « ceux dont on ne peut jouir qu'en les aliénant ». En réalité cette définition n'était plus vraie à l'époque où d'Aguessau la donnait. Si les petits domaines étaient, à l'origine de la distinction entre grands et petits domaines, des biens sans importance (marais, terres vagues, landes, boqueteaux sépa-

rés des forêts du roi), ils devinrent par la suite des biens que l'on dénommait ainsi uniquement pour les aliéner.

L'engagement et les aliénations des petits domaines ne leur apportant pas encore toutes les ressources désirables, les rois n'hésitèrent pas, à côté de ces aliénations à demi régulières, à aliéner tout à fait irrégulièrement, quitte à invoquer, après coup, la règle de l'inaliénabilité du domaine de la couronne, pour retrouver les biens vendus.

Quelquefois, lorsqu'il revendiquait un bien aliéné, le roi se voyait opposer une prescription centenaire. C'était, en effet, une question controversée, sous l'ancien régime, que celle de savoir si le domaine de la couronne était prescriptible ou non. L'ordonnance de Moulins ne disait rien à ce sujet et certains auteurs (Loysel, d'Argentré) en avaient conclu que la prescription centenaire pouvait être invoquée. Ils s'appuyaient, pour confirmer leurs dires, sur une ordonnance de 1555 qui prévoyait que les habitants du Dauphiné pourraient, sur la requête qu'ils en avaient faite au roi, opposer aux poursuites des agents du fisc, la prescription centenaire. Cette ordonnance n'était évidemment valable que pour les habitants du Dauphiné, mais les auteurs en question l'étendaient à toute la France.

D'autres auteurs, au contraire, étaient favorables à l'imprescriptibilité du domaine de la couronne. Pour mettre fin à ces controverses, et pour ne plus être gênée dans ces revendications, la royauté déclara, dans un édit de 1667, que le domaine de la Couronne était imprescriptible.

Le domaine de la Couronne fut donc tour à tour aliéné et revendiqué. En général, lorsqu'un nouveau roi montait sur le trône, il commençait par revendiquer les biens aliénés par ses prédécesseurs, ce qui ne l'empêchait pas d'en aliéner lui aussi.

Le peuple était, d'ailleurs, hostile à la vente des biens domaniaux; car il savait que les ressources procurées par celle-ci, étaient momentanées et qu'en diminuant son capital le roi diminuait par là-même ses ressources futures. Or, qu'arrivait-il, lorsque les revenus du roi étaient insuffisants. Les impôts étaient augmentés et il en supportait la charge. Aussi pour ne pas trop se rendre impopulaires, les rois se voyaient obligés de revendiquer les biens vendus. Le fait que le domaine de la Couronne constituait une grande partie des revenus du roi était difficilement conciliable avec le principe de l'inaliénabilité de ce domaine, et c'est pourquoi ce principe ne fut pas respecté par la royauté.

CHAPITRE II

Avant d'étudier les théories originales de certains juristes de notre ancien droit en matière domaniale, il est nécessaire de faire remarquer qu'en ce qui concerne les biens domaniaux par leur nature dont nous avons donné la liste plus haut (page 22) la règle de l'inaliénabilité fut mieux respectée. Est-ce à dire que ces biens jouissaient d'une protection spéciale ? Nous ne le pensons pas. S'ils furent moins aliénés que les autres biens du domaine, c'est uniquement parce qu'ils étaient susceptibles d'importants profits.

De Recy résume ainsi la question :

« Si le domaine public participe à la protection légale
« ce n'est pas parce que sa nature résiste à toute appropriation
« privée, mais bien au contraire à raison de ce qu'il
« est susceptible de perceptions et de produits qu'il importe
« de réserver intacts dans l'intérêt du fisc » (1).

Il faut attendre presque la fin de l'ancien régime, pour trouver un texte dégageant la notion de « choses publiques » et en enlevant la propriété au roi. Il s'agit des remontrances du parlement de Bordeaux du 30 juin 1766. En voici le passage relatif à notre sujet :

« Il y a des biens appartenant en commun à la Nation,
« tels que les rivières, les rivages de la mer etc... et dont
« la garde et la conservation est l'attribut de la souveraineté. Il n'était pas besoin de loi pour déclarer ces biens

(1) Traité du domaine public, T. I, pages 115 et 116.

« inaliénables, parce qu'ils le sont par leur nature. Ce
« n'est pas une véritable propriété dans la main du sou-
« verain mais plutôt un dépôt qui lui a été confié de la
« chose commune ou publique, pour la conserver, la pro-
« téger, pour la rendre plus utile à tous ses sujets ».

(D. J. G. T. 18. 1851 V^o Domaine).

Si la notion de « choses publiques » paraît avoir été à peu près ignorée de notre ancien droit et n'avoir été dégagée qu'à la fin du xvin^e siècle, bien avant cette époque des juristes, s'inspirant du droit romain, avaient construit des systèmes très différents de la doctrine royale en matière de domanialité. Ce sont : Choppin, Loyseau, Domat et Lefèvre de la Planché.

SECTION I. — CHOPPIN (1)

Dans son traité du domaine, Choppin fait nettement une distinction entre les biens qui appartiennent au roi, comme roi de France et ceux qui lui appartiennent en propre.

Les premiers biens sont seuls, à son avis, « des héritages publics et domaniaux ». Les autres sont des « héritages privés ». Parmi les héritages publics et domaniaux qui constituent le domaine de la Couronne, Choppin, sans dégager explicitement la notion de choses publiques, semble la pressentir.

Voici ce qu'il écrit, par exemple, à propos des fleuves :
« Ils (les rois) se sont attribués par droits royaux les pêches
« avec les fleuves et les autres profits et revenus d'iceux,

(1) Choppin était avocat en la cour du parlement de Paris. Il écrivit tous ses ouvrages en latin.

« bien qu'ils aient été publics par le droit des gens » (1).

Plus avant dans son ouvrage (2), à propos de la prescription nous lisons ce qui suit :

« La prescription quelle qu'elle soit par la disposition
« du droit romain n'a point lieu aux choses qui sont desti-
« nées à l'usage du public ; aux autres choses elle peut
« avoir lieu ». Evidemment, il n'explique pas ce que sont
ces choses destinées à l'usage du public ; mais il refuse au
roi la propriété du domaine qu'il possède en tant que roi
de France.

« Les rois ne sont pas tant nommés seigneurs et pro-
« priétaires que gardiens et conservateurs de l'Etat » (3).

Cette idée de garde et de conservation de l'Etat par le
roi lui est chère, et à un autre passage de son traité il
explique que le roi est tenu de laisser à son successeur
le domaine tel qu'il l'a reçu (4).

Choppin a eu quelques idées qui nous ont paru inté-
ressantes à signaler, mais en définitive son système domanial est assez vague. Il a oublié de tirer des conclusions. Quoiqu'il en soit, Choppin a ouvert la voie à d'autres juristes qui eux ont édifié une théorie domaniale plus solide et plus nette, et que nous allons étudier maintenant.

(1) Traité du domaine de la Couronne de France traduit du latin.
1 vol. in-fol. 1662, Livre I, Titre XV, P. 161.

(2) Traité du Domaine de la Couronne, Titre IX, Livre 3, § 6.

(3) Traité du Domaine de la Couronne, Titre I, Livre 2, Page 171.

(4) Livre I, Titre XV, page 167.

SECTION II. — LOYSEAU (1)

Loyseau a laissé plusieurs ouvrages sur le droit coutumier. « Des offices », « Des Seigneuries », « Des ordres et simples dignités », « Du déguerpissement et délaissement par hypothèque », « De la garantie des rentes », « Des abus des justices de villages ».

Il a traité des choses publiques dans son ouvrage « Des Seigneuries ». Pour donner la liste des choses qu'il considère comme publiques, il s'appuie sur la division des choses du droit romain.

Voici l'énumération de ces choses :

« Ils (les rois) ont voulu s'approprier la propriété de
« la mer, des rivières navigables, des chemins, des champs,
« des rues, des murailles et fossés des villes et générale-
« ment de toutes choses qui sont hors du commerce » (2).

Ces choses publiques, il en refuse au roi la propriété :

« Je dis donc qu'il ne faut point demander à qui appar-
« tiennent les choses qui sont hors du commerce, car puis-
« que de leur nature elles sont incapables de seigneurie
« privée, c'est folie d'en attribuer la seigneurie privée à
« aucun » (3).

Cependant tout en refusant la propriété au roi, Loyseau reconnaît qu'il a sur ces choses « l'autorité et direction par la voie de justice », qu'il doit être considéré comme « le gardien et le conservateur du bien public » (4), qu'il a enfin en toute propriété les fruits et émoluments

(1) Loyseau fut d'abord avocat au parlement de Paris puis lieutenant particulier à Sens et à Chateaudun.

(2) Des Seigneuries, Ch. 3, page 27.

(3) *Ibidem*.

(4) *Ibidem*, Ch. IX, page 77.

des choses hors du commerce qui sont, eux dans le commerce.

Mais si ces choses publiques n'appartiennent à personne, qui en a l'usage ?

Loyseau déclare que chaque particulier a l'usage des choses publiques « pourvu que ce soit fait sans empêchement de l'usage commun » (1).

Lorsqu'au début de ce chapitre nous avons cité le texte du parlement de Bordeaux relatif aux choses publiques, nous avons vu qu'il s'était servi des mêmes termes que Loyseau pour définir les droits du roi sur celles-ci. Or les remontrances du parlement de Bordeaux datent de 1766, et Loyseau presque deux siècles avant avait fait du roi un gardien et un conservateur du bien public. Ce qui prouve bien que l'œuvre de la doctrine a été capitale en notre matière.

Le système domanial de Loyseau peut se résumer ainsi : Existence de choses publiques dont le roi n'a que la garde, dont la propriété n'est à personne et l'usage à tous.

SECTION III. — DOMAT

Jean Domat, qui fut l'ami de Pascal auprès de qui il puisa peut-être sa manière philosophique d'envisager le droit, écrivit un ouvrage fort important « Les Lois Civiles dans leur ordre naturel », dans lequel il pose les principes fondamentaux du droit Français. Une autre de ses œuvres dont nous aurons l'occasion de citer des passages s'intitule « Droit public ».

(1) *Ibidem.*, Ch. XII, page 3.

Au début de son traité sur les lois civiles, Domat dresse une liste des choses publiques à peu près semblable à celle de Loyseau. Comme lui, il les déclare hors du commerce, insusceptibles de propriété privée, soumises à l'usage de tous et dont le prince en règle l'usage. (Lois Civiles, Titre 3, Livre préliminaire, p. 16).

Dans son droit public, au livre I, Titre VI (page 42), il étudie spécialement le domaine du souverain qu'il divise en trois parties.

1) Immeubles acquis ou par l'établissement de l'Etat, ou par des conquêtes, ou par successions, donations, etc...

2) Droits qui composent les finances de l'Etat.

3) Droits et profits qui proviennent de l'exercice de la souveraineté (confiscation, deshérence).

Revenant, au cours de son ouvrage, sur cette classification il dit, à propos des biens de la première catégorie, qu'il ne faut pas comprendre parmi eux les choses hors du commerce « car ces sortes d'immeubles ne produisant « aucun revenu ne comptent pas au nombre des biens et « les droits qu'y ont le public et le souverain sont d'une « autre nature que les droits que donne la propriété » (1).

Ces lignes surprennent assez. Que Domat exclut du domaine les choses publiques, cela nous paraît admissible, mais nous comprenons mal les raisons qu'il en donne.

Ces choses publiques, d'après lui, ne peuvent faire partie du domaine de la couronne (Domat emploie l'expression domaine du Souverain) parce qu'elles ne sont pas susceptibles de revenus. Or nous savons qu'elles étaient, au contraire, l'objet de nombreux droits, à tel point que les

(1) Droit Public, page 42.

rois se gardaient de les aliéner pour ne pas perdre d'importants profits.

Domat se met donc, en cette occasion, en contradiction avec les faits.

Il s'étend moins que Loyseau sur les droits du roi envers les choses publiques ; par contre, il distingue, ce que celui-ci n'avait pas fait, les choses publiques par leur nature (rivières, fleuves, mer, rivages) et les choses publiques par leur destination (cimetières, églises, rues, places publiques), dont l'usage n'en est pas donné aux hommes « par la nature mais par la police qui choisit et destine « les lieux qui doivent servir au public pour tous ces « différents usages » (1).

Notons encore que Domat a puisé largement dans le Digeste pour établir la distinction en question.

SECTION IV. — LEFEVRE DE LA PLANCHE

Lefevre de la Planche était depuis peu de temps avocat au parlement, lorsque l'Edit de 1693 supprima les offices qui composaient la chambre du trésor et unit la juridiction de cette chambre au bureau des finances. Ce même édit divisa le bureau des finances en deux services. L'un prit le nom d'ancien bureau des finances, l'autre de chambre du domaine. Lefevre de la Planche devint alors avocat ordinaire du roi en la chambre du domaine et se distingua tout particulièrement dans les affaires maritimes.

En 1732, il se démit de son office et son départ causa beaucoup de regret parmi ses collègues. Il mourut en 1738 laissant un ouvrage sur le Domaine qu'il légua à un

(1) Droit public, page 60.

parent, avec défense de le publier. Ce parent, au moment de mourir, remit lui-même l'ouvrage en question à un de ses amis et c'est cet ami qui l'édita, y ajoutant préface et notes fort intéressantes sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir.

Le *Traité du Domaine de Lefevre de la Planche* est fortement inspiré de l'œuvre de Loyseau.

Au début de cet ouvrage notre auteur donne l'énumération des biens domaniaux par leur nature, biens qui, d'après lui, sont hors du commerce.

« La mer, les rivières navigables, les grands chemins, « les rues, murs, remparts, fossés et contrescarpes de « villes sont constamment au rang de ces choses qui ne « sont pas susceptibles de commerce ni de seigneurie privée » (1).

Ces biens hors du commerce, Lefevre de la Planche n'en accorde pas la propriété au roi ; seuls, les fruits provenant de ceux-ci peuvent être appropriés par le roi.

C'est ainsi qu'il comprend l'Edit de 1710. A son avis, la mer n'appartient au roi qu'en ce qui concerne ses dépendances (îles, îlots, créments, atterrissements). De même pour les rivières ; le roi n'est propriétaire que des droits auxquels elles peuvent donner lieu. De même pour les grands chemins.

« Les grands chemins, dit-il, ne sont pas susceptibles « de propriété privée, mais ils peuvent produire un utile « qui en est susceptible » (2).

(1) *Traité du Domaine*, Tome I, page 6.

(2) *Ibidem.*, page 29.

En ce qui concerne les murs, remparts, fossés et contrescarpes des villes, notre auteur donne la même solution (Traité du domaine, Tome I, page 52).

Au tome 3 de son traité, alors qu'il rappelle l'inaliénabilité du domaine de la Couronne, Lefevre de la Planche déclare que ce principe d'inaliénabilité doit encore mieux s'appliquer aux « choses publiques » qu'aux autres biens du domaine, puisque les rois n'en sont que les « dépositaires et administrateurs », qu'ils n'en jouissent « qu'en usufruit » et qu'ils doivent les transmettre intacts à leurs successeurs (page 362).

Notre auteur reprend donc la théorie de Loyseau puisque, comme lui, il ne fait du roi, qu'un dépositaire, un administrateur des choses publiques. Il se contente d'ailleurs de donner ces seules explications sur les biens domaniaux par leur nature ; il ne pousse pas plus avant la question. Au contraire l'éditeur du Traité du domaine a eu à cœur, semble-t-il, de tirer des conclusions de la théorie domaniale ébauchée par Lefevre de la Planche. Voici ce que nous lisons par exemple :

« Dans le domaine public, il sera permis de distinguer ce que la puissance publique possède comme les
« autres citoyens, comme destinés à des usages privés,
« c'est-à-dire aux dépenses publiques, en un mot ce qui
« lui est assigné comme son patrimoine, d'avec ce qu'elle
« possède comme puissance publique et pour les usages
« de la société, dont les droits sont déposés entre ses mains.
« Tout domaine sera public, mais dans la propriété du
« domaine, on distinguera la propriété et possession publique, d'avec la propriété et possession privée » (1).

(1) Traité du Domaine, Tome I, page 16, note a.

L'Editeur du traité du Domaine a donc eu des idées tout à fait originales pour l'époque, puisque la distinction qu'il fait entre la possession publique et la possession privée correspond tout à fait à celle que Proudhon fera soixantedix ans plus tard entre le domaine public et le domaine de l'Etat.

Dans la note dont nous venons de citer une partie, il qualifie le roi de dépositaire des « choses publiques », alors que dans une autre note (Tome 3, page 365, note a) il le qualifie de fidéicommiss légal et perpétuel.

Le Traité du Domaine de Lefevre de la Planche ayant paru en 1764 et 1765, nous nous trouvons en avoir terminé avec l'étude du domaine sous notre ancien droit. Quelle conclusion pouvons-nous alors en tirer ?

Nous pouvons tout d'abord constater qu'à côté de la thèse royale affirmant le droit de propriété du souverain sur l'ensemble du domaine, une autre thèse se faisait jour, celle émise par des auteurs qui, ayant dégagé la notion de choses publiques, refusaient de voir dans le roi le propriétaire des biens domaniaux par leur nature. Sans doute, jusqu'à la Révolution, la thèse royale prévalut ; il n'en est pas moins vrai qu'en 1766 le parlement de Bordeaux s'était fait l'écho d'une autre thèse qui ressemblait singulièrement à celle des auteurs que nous venons d'étudier.

Il semble donc qu'on puisse conclure qu'à la fin de l'ancien régime, les vieilles notions domaniales tendaient à être remplacées par de nouvelles qui, si elles n'étaient pas entièrement originales, puisqu'elles s'inspiraient pour une bonne part du droit romain, avaient du moins le mérite de s'éloigner de la routine.

L'étude que nous avons faite du domaine sous notre ancien droit n'a donc pas été inutile, puisqu'elle nous a

permis de constater que les origines de la distinction du domaine public et du domaine privé se trouvaient déjà dans les œuvres de certains de nos anciens auteurs.

TITRE III

Le domaine de la Révolution à la loi de 1851

Nous nous proposons de diviser le présent titre en trois chapitres.

Dans le chapitre I, nous étudierons le décret du 22 novembre-1^{er} décembre 1790.

Dans le chapitre II, les articles du code civil relatifs au domaine, puis les premiers commentaires de ce code.

Dans le chapitre III, nous traiterons de la théorie élaborée par Proudhon, puis de l'influence de celle-ci sur la doctrine, la jurisprudence et la législation.

CHAPITRE I

L'Assemblée Constituante se trouvait en 1789 en présence de deux doctrines en matière domaniale.

La doctrine officielle qui reconnaissait le roi comme propriétaire souverain du domaine, la doctrine élaborée par quelques auteurs, doctrine qui prétendait soustraire à la propriété du souverain certains biens du domaine, ceux qu'on dénommait alors « biens domaniaux par leur nature ». On pourrait penser que dans son désir de tout changer, le législateur de la Révolution se serait empressé de rejeter la doctrine royale pour accueillir l'autre avec faveur. Il n'en a pas été ainsi. Le Législateur Révolutionnaire n'a rien créé en notre matière ; il a tout simplement repris à son compte les vieilles notions chères à l'ancien régime. Avant d'étudier le texte même du décret du 22 novembre-1^{er} décembre 1790, nous allons consacrer une section à l'élaboration de ce texte.

SECTION I

Le texte du décret de 1790 est dû aux travaux du Comité des Domaines. L'Assemblée Nationale, justement occupée par ailleurs, ne prêta que peu d'attention et d'intérêt à la question du domaine, et jamais une séance entière ne fut consacrée à l'étude des problèmes domaniaux. Elle se reposa entièrement sur le Comité des Domaines et approuva son travail très facilement.

Le Comité des Domaines, dont l'Assemblée Nationale avait décidé la nomination le 2 octobre 1789, était composé

de trente-cinq membres. Il se réunit pour la première fois le 15 octobre et nomma comme président Parent de Chasse, avocat au conseil ; comme rapporteur Enjubault de la Roche, juge du Comté pairie de Laval ; comme secrétaires Barrère de Vieuzac, avocat conseiller en la Sénéchaussée de Bigorre, et Geoffroy, avocat au baillage de Charolles.

L'Assemblée Nationale avait décidé la nomination de ce Comité pour un travail déterminé :

« La recherche et l'examen de tous les engagements, échanges, concessions et aliénations quelconques des biens et domaines de la Couronne et spécialement du Comté de Sancerre » (1).

Ce travail, assez restreint, le Comité l'étendit considérablement. Aux Archives Parlementaires, nous trouvons un résumé de la mission qu'il se donna à accomplir.

« 1) Recherche de la consistance des domaines actuels de la Couronne.

« 2) Recherche des biens domaniaux aliénés à quelque titre que ce puisse être ; engagements, échanges, dons, inféodations.

« 3) Tableau particulier des domaines de la Couronne qui pourraient être mis en vente actuellement.

« 4) Préparation du projet d'une loi générale concernant le domaine.

« 5) Examen de la manière dont sont régis les biens domaniaux et particulièrement les forêts.

« 6) Réunion des connaissances nécessaires sur les principaux échanges ou aliénations de domaine qui ont excité des réclamations.

(1) Archives Parlementaires, 1^{re} Série, Tome IX, page 247.

« 7) Etude des moyens d'assurer le recouvrement au profit de l'Etat des deniers provenant du rachat des droits seigneuriaux qui dépendent du domaine du roi.

« 8) Examen de la demande des religionnaires fugitifs et de leurs successeurs ou ayant-cause » (1).

Pour mener à bien un tel travail, il aurait fallu beaucoup de temps et de calme ; or l'un et l'autre manquèrent au comité ; ses membres qui assistaient aux séances de l'assemblée étaient préoccupés par les événements, les délibérations devant l'assemblée avaient lieu dans une atmosphère loin d'être sereine. Toutes ces raisons expliquent la confusion du premier rapport d'Enjubault de la Roche, rapport que nous allons étudier maintenant.

§ 1.

Dans son premier rapport, présenté à l'Assemblée le 13 novembre 1789, Enjubault de la Roche commence par faire l'historique du domaine. Lorsqu'il en arrive à la classification des biens domaniaux, il reprend les divisions admises à la fin du xviii^e siècle. Pas un instant, il ne mentionne la distinction établie sur l'usage public qui avait été mise en relief par quelques juristes des dix-septième et dix-huitième siècles.

Lorsqu'il en a terminé avec la division des biens, il traite des privilèges du domaine. Il en distingue deux sortes. Les premiers (inaliénabilité, imprescriptibilité) dit-il, « sont inhérents et tiennent à l'essence du domaine » (2).

(1) Arch. Parl., 1^{re} Série, Tome XII, page 564.

(2) Arch. Parl., 1^{re} Série, Tome X, pages 46 et suivantes.

Les autres n'ont rapport « qu'à sa conservation et à la nature des actions dont il est susceptible » (1).

Ces points étudiés : historique du domaine, division des biens, privilèges du domaine, constituent la première partie du rapport d'Enjubault de la Roche.

Dans la seconde partie, assez confuse du reste, Enjubault revient sur des questions déjà traitées, puisqu'il fait à nouveau l'historique du domaine et qu'il étudie l'inaliénabilité.

A propos de l'inaliénabilité, il paraît d'ailleurs se contredire puisque se demandant si le domaine doit toujours être inaliénable, il donne cette réponse « c'est une simple affaire de calcul » (2), et qu'il ajoute que la nation assemblée peut faire ce qui lui semble avantageux, ou bien aliéner, ou bien au contraire conserver les biens du domaine. Les idées d'Enjubault ne sont donc pas très nettes sur le principe de l'inaliénabilité puisque dans la première partie de son rapport, il le déclare inhérent au domaine et que dans la seconde, il le considère comme étant une affaire de calcul.

Quoiqu'il en soit, l'étude du premier rapport d'Enjubault confirme ce que nous avons dit plus haut. Pressé par le temps, Enjubault de la Roche n'a pu étudier la question à fond et de ce fait n'a pas su donner de solution lorsqu'il y avait lieu de le faire.

Nous verrons que son second rapport est bien supérieur au premier, mais avant de l'étudier, nous allons dire un mot de celui de Barrère de Vieuzac.

(1) Arch. Parl., 1^{re} Série, Tome X, pages 46 et suivantes.

(2) *Ibidem.*, page 50.

§ 2.

L'Assemblée Nationale se trouvant à manquer de ressources avait décidé par un décret du 19 décembre 1789 de vendre les domaines de la Couronne jusqu'à concurrence de 100 millions. La question de l'inaliénabilité du domaine semblait donc être résolue puisque l'Assemblée avait voté le dit décret. Malgré tout, le 10 avril 1790, Barrère de Vieuzac fit devant l'Assemblée un rapport sur la vente et l'aliénation des domaines de la Couronne; rapport qui critiquait vivement la façon dont l'Assemblée avait décidé de vendre des biens domaniaux.

Barrère de Vieuzac prétendait, en effet, que le fait d'avoir vendu de tels biens ne réglait aucunement la question de l'inaliénabilité puisque sous l'ancien régime nombreuses avaient été les aliénations et aussi nombreuses les révocations.

Le rapport de Barrère de Vieuzac ne contenait pas seulement une critique de la façon d'agir de l'Assemblée, il proposait que le principe d'inaliénabilité du domaine fut supprimé et qu'en conséquence le domaine fut déclaré aliénable. Il en donnait les raisons suivantes : le principe de l'inaliénabilité se comprenait sous l'ancien régime, car la Nation n'existait pas alors, et il n'y avait pas de propriétaire mais seulement un administrateur, le roi. Il ne se comprend plus maintenant que la nation existe, qu'elle est propriétaire et qu'elle peut par conséquent aliéner.

Voici en quels termes s'exprimait Barrère de Vieuzac :

« La Nation, la voici maintenant, Messsieurs, par ses
« représentants. C'est à eux d'établir les véritables maximes
« et les principes qui doivent sauver l'Etat. C'est à eux
« qu'il appartient de prononcer l'aliénation des domai-

« nes » (1). Barrère de Vieuzac avait donc des idées plus nettes qu'Enjubault au sujet de l'inaliénabilité du domaine qu'il proposait tout simplement de supprimer. Mais, pas plus que celui-ci, il ne traitait spécialement, dans son rapport, des choses publiques, tant il lui paraissait évident qu'elles faisaient partie du domaine au même titre que les autres biens.

Il avait annexé, à son rapport, un projet de décret en sept articles. Le tout fut proposé à l'Assemblée en même temps qu'Enjubault proposait aussi un projet de décret en cinquante-neuf articles.

Et nous en arrivons maintenant au second rapport d'Enjubault.

§ 3.

Le 8 novembre 1790, Enjubault de la Roche communiqua à l'Assemblée un second rapport sur la Législation domaniale, rapport beaucoup plus documenté que le premier. L'auteur ayant étendu ses connaissances, l'exposé des idées s'en ressent tout naturellement et y gagne en précision et en netteté.

Ce rapport comprenait une définition du domaine nouveau que l'auteur opposait à l'ancien domaine de la Couronne. Ce domaine nouveau ne serait plus composé que de terres et droits réels, contrairement à l'ancien domaine de la Couronne, qui comportait quantité de droits et de biens et même les droits régaliens.

« Vous verrez que ce n'est que du domaine proprement dit, des terres et droits réels que votre comité a eu dessein de s'occuper jusqu'ici, soit que ces terres et

(1) Arch. Parl., 1^{re} Série, Tome XII, p. 635 et 636.

« ces droits soient dans la main de la nation, soit qu'ils
« y soient simplement reversibles » (1).

Ce rapport décidait encore que la Nation avait la propriété de tout le domaine y compris les choses publiques.

« Le Comité a considéré d'après les publicistes tels
« que Grotius, Le Bret, Choppin, que toute nation a le
« souverain domaine de l'universalité du territoire qu'elle
« occupe. Ce domaine éminent qui ne diffère de la puis-
« sance publique que comme la cause diffère de son effet,
« lui assure la propriété directe de toutes les portions de
« ce territoire qui, par leur nature ou leur destination, ne
« peuvent appartenir à personne en particulier, et de celles
« encore qui demeurent vacantes et sans maître. Les grands
« chemins, les fleuves, les rivages de la mer etc... sont de
« la première classe, les biens vacants et les successions
« délaissées faute d'hoir sont compris dans la seconde »
(Arch. Parl. 1^{re} série T XX, page 317).

Enjubault de la Roche accordait donc délibérément à l'Etat un droit de propriété sur les choses publiques. Pour être encore mieux convaincu des idées de notre auteur sur ce point, il suffit de lire et comparer les deux projets de décret qu'il présenta à l'Assemblée.

Dans le premier projet, les choses publiques y étaient définies « choses dont la propriété n'est à personne et
« l'usage commun à tous ». Cette définition pouvait faire penser aux théories de nos anciens juristes. Aussi pour-
qu'il n'y ait aucune confusion à ce sujet, Enjubault de la Roche, dans son second projet, s'empessa de substituer à la définition citée, cette autre « choses qui ne sont pas
susceptibles de propriété privée ».

(1) Arch. Parl., 1^{re} Série, T. XX, page 316.

Il ne pouvait plus y avoir d'équivoque : les choses publiques étaient réputées comme non susceptibles d'appropriation privée, mais elles appartenait à la Nation.

C'est donc l'ancienne théorie Royale qu'Enjubault de la Roche a adopté au sujet des choses publiques.

En ce qui concerne l'inaliénabilité, le second rapport d'Enjubault reprenait les idées de Barrère de Vieuzac et concluait à l'aliénabilité du domaine, avec, comme corollaire, la prescriptibilité ; car si la Nation, sous les rois, pouvait être comparée « à un mineur destitué de ses défenseurs », ce qui expliquait qu'on ne pouvait lui opposer une possession valable, il n'en serait plus de même maintenant où elle serait toujours respectée.

Si nous avons insisté sur le second rapport d'Enjubault de la Roche, c'est que le projet de décret qui y était annexé, fut décrété presque sans changements en deux séances : les 8 et 11 novembre 1790. Notons d'ailleurs que trois articles de son premier projet avaient déjà été adoptés le 9 mai 1790 (l'auteur rapporte d'ailleurs le fait au début de son second rapport). Au nombre des trois articles votés figurait celui décidant de l'aliénabilité du domaine. Les trois articles en question furent repris dans le second projet et l'ensemble fut décrété aux dates indiquées plus haut.

C'est le texte du décret que nous allons étudier dans la section suivante.

SECTION II

Le décret (1) du 22 novembre-1^{er} décembre 1790 se divise en 6 paragraphes et est précédé d'un préambule.

(1) Arch. Parl., 1^{re} Série, Tome XX, p. 325 et suivantes, 376 et suiv.

Le préambule consacre le droit de propriété de la Nation sur le domaine avec faculté d'aliéner ce domaine.

Les six paragraphes portent sur les points suivants :

1) Nature du domaine national. Ses principales divisions.

2) Cas et conditions d'aliénation des domaines nationaux.

3) Apanages.

4) Echanges.

5) Engagements.

6) Dispositions générales.

Laissant de côté les quatre derniers paragraphes qui ne concernent pas notre travail, nous étudierons seulement les deux premiers. Dans le paragraphe 6 cependant nous étudierons l'article 36 qui traite de la prescriptibilité. Nous diviserons notre section en 4 paragraphes.

Dans le premier paragraphe, nous chercherons à dégager ce que le législateur de 1790 entendait par domaine national.

Dans le second paragraphe, à qui il réservait la propriété de ce domaine.

Dans le troisième, nous traiterons de l'aliénabilité et de la prescriptibilité du domaine.

Dans le quatrième, nous nous demanderons si le législateur de 1790 a voulu ou non établir une distinction entre le domaine national et le domaine public.

§ 1.

L'article 1 du décret de 1790 donne la définition suivante du domaine national.

« Le domaine national proprement dit s'entend de
« toutes les propriétés foncières et de tous les droits réels

« ou mixtes qui appartiennent à la nation soit qu'elle en ait la possession et la jouissance actuelle, soit qu'elle ait seulement le droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de reversion ou autrement ».

L'article 2, l'article 3 et l'article 5 donnent une énumération de biens faisant également partie du domaine national. Ce sont les fleuves, les rivières navigables, les chemins publics, les murs et places de ville, les lais et relais de la mer, les havres, les ports, les rades, les biens vacants et sans maître, les successions abandonnées ou en deshérence, les murs et fortifications de ville.

La définition donnée dans l'article 1 est exactement celle donnée du domaine de la Couronne par Enjubault de la Roche dans son premier projet de décret (1), mais comme l'expression domaine de la Couronne rappelait trop l'ancien régime on y substitue celle de domaine national qui correspondait mieux aux idées nouvelles ; de même qu'on remplaça les mots « qui sont dans la main du roi et qu'il administre comme chef de la nation », par ceux-ci « qui appartiennent à la nation ».

De la lecture des articles 1, 2, 3 et 5 du décret, nous concluons que le législateur Révolutionnaire a retranché du domaine quantité de droits qui en faisaient partie sous l'ancien régime, entre autres les droits de police, les droits de nomination aux fonctions publiques par exemple.

Ceci n'est pas pour nous surprendre puisque nous avons vu qu'Enjubault de la Roche avait mentionné dans son second rapport que le comité des Domaines ne voulait s'occuper que du domaine proprement dit.

(1) Arch. Parl., 1^{re} Série, Tome XII, pages 655 et suivantes.

§ 2.

Ayant étudié les travaux préparatoires du décret, nous ne sommes pas étonné que dans le texte même du décret, la Nation soit qualifiée à plusieurs endroits de propriétaire du domaine.

Pour éviter les redites, nous ne nous attarderons pas sur cette question et nous nous contenterons de rappeler deux points très importants et bien significatifs des idées d'alors.

1) Il s'agit du droit de propriété qu'a la Nation sur les choses publiques. Il n'y a, en effet, aucun doute à avoir à ce sujet ; les biens mentionnés à l'article 2 du décret appartiennent à la Nation.

2) Le droit de propriété de la Nation est parfait puisqu'il n'y a personne au-dessus d'elle et qu'elle peut aliéner. Nous dirons même que son droit de propriété est plus complet que celui dont jouissait le roi auquel elle s'est substituée, puisqu'en principe le roi ne pouvait pas aliéner le domaine.

§ 3.

Nous venons de dire que le législateur de 1790 a accordé à la Nation le droit d'aliéner les biens domaniaux. C'est en effet en plusieurs endroits du décret que l'aliénabilité du domaine est reconnue formellement.

Tout d'abord dans le préambule, nous lisons ce qui suit :

« Si la faculté d'aliéner, attribut essentiel du droit de propriété, réside également dans la Nation, et que si dans des circonstances particulières, elle a voulu en suspendre pour un temps l'exercice, comme cette loi sus-

« pensive n'a pu avoir que la volonté générale pour base, « elle est de plein droit abolie dès que la Nation légalement « représentée manifeste une volonté contraire ».

Puis dans l'article 8, il est exposé dans quel cas et à quelles conditions les biens du domaine peuvent être aliénés. Le domaine peut être aliéné seulement avec le concours et le consentement de la Nation, et c'est par décret du corps législatif sanctionné par le roi que cette aliénation peut être légale en la forme.

A ce sujet M. Barckaussen, dans sa remarquable étude sur la théorie générale du domaine public (1), a soutenu que le décret de 1790 n'avait pas voulu supprimer la règle de l'inaliénabilité du domaine admise sous l'ancien régime. Nous n'entreprendrons pas de réfuter les arguments de M. Barckaussen, mais nous dirons cependant qu'il nous semble impossible de mettre en doute l'aliénabilité du domaine national, après l'étude des travaux préparatoires du décret de 1790. Nous l'avons vu, en effet, c'est à plusieurs reprises que Barrère de Vieuzac et Enjubault de la Roche ont affirmé la faculté pour la Nation d'aliéner le domaine.

D'autre part, il convient de rappeler qu'un article concernant l'aliénabilité du domaine (article extrait du premier projet de décret d'Enjubault) avait été voté le 9 mai 1790. Cet article était rédigé d'une façon telle qu'il est absolument impossible d'avoir des doutes après sa lecture. Le voici d'ailleurs :

« Tous les domaines de la Couronne, sans aucune « exception, peuvent dans les besoins de l'Etat être vendus « et aliénés à titre perpétuel et incommutable, en vertu

(1) R. D. P., Tome 18, pages 430 à 435.

« d'un décret spécial des représentants de la Nation sanctionné par le roi, sous les réserves et modifications comprises aux articles suivants ».

Evidemment la rédaction de cet article était plus nette que celle de l'article 8, mais ce dernier ne fut même pas voté par l'Assemblée Nationale. Il fut incorporé dans le décret, comme déjà voté le 9 mai 1790.

Enfin, ce qui nous paraît devoir faire la preuve complète de l'aliénabilité du domaine, ce sont justement les deux exceptions à la règle mentionnée par le décret lui-même. Ces exceptions concernent, les forêts et grandes masses de bois de plus de cent arpents d'un part, les droits régaliens d'autre part.

Si la seconde exception nous paraît inutile puisque l'article 1 du décret excluait les droits en question du domaine, la première nous paraît bien confirmer la règle, suivant l'affirmation communément admise, qu'il n'est pas de règle sans exception.

L'aliénabilité du domaine ayant été voulue et admise par les auteurs du décret de 1790, la prescriptibilité le fut elle aussi.

L'article 36 dispose :

« La prescription aura lieu à l'avenir pour les domaines nationaux dont l'aliénation est permise par les décrets de l'Assemblée Nationale ; et tous les détenteurs d'une portion quelconque des dits domaines qui justifieront en avoir joui à titre de propriétaires, par eux-mêmes ou par leurs auteurs, publiquement et sans trouble pendant quarante ans continuels à dater du jour de la publication du présent décret, seront à l'abri de toute recherche ». La prescriptibilité est donc admise pour les biens domaniaux

pouvant être aliénés ; pour les autres, l'imprescriptibilité demeure.

Notons enfin, que l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité supprimées par le décret de 1790 restent la règle pour le passé.

§ 4.

Lorsque nous lisons les deux premiers articles du décret de 1790, il peut sembler, au premier abord, que ses auteurs aient voulu traiter de deux sortes de domaine. L'article 1 du domaine national, l'article 2 du domaine public.

L'article 1 que nous nous permettons de citer à nouveau pour le confronter avec l'article 2 s'exprime ainsi :
« Le domaine national proprement dit s'entend de toutes
« les propriétés foncières et de tous les droits réels ou mixtes
« qui appartiennent à la Nation, soit qu'elle en ait la possession et la jouissance actuelle, soit qu'elle ait seulement
« le droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de reversion
« ou autrement ».

Tandis que l'article 2 décrète :

« Les chemins publics, les rues et places des villes, les
« fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais
« de la mer, les ports, les havres, les rades, etc... et en
« général toutes les portions du territoire national qui ne
« sont pas susceptibles de propriété privée sont considérées
« comme des dépendances du domaine public ».

Ces deux articles paraissent vouloir opposer le domaine national, propriété de la Nation, au domaine public non susceptible de propriété privée. Nous ne le pensons pas, car nous ne croyons pas que l'expression domaine public ait été employée par le législateur de 1790 avec le sens qu'elle a actuellement.

En effet, lorsque nous avons étudié les travaux préparatoires nous n'avons pas trouvé trace d'une distinction entre le domaine national et le domaine public.

Si nous relisons le passage du second rapport d'Enjubault cité plus haut (pages 47 et 48), nous constatons que celui-ci fait rentrer les choses publiques dans les biens du domaine et que ces choses publiques sont déclarées appartenir à la Nation en toute propriété, comme les autres biens domaniaux. Bien plus, nous trouvons, dans ce même rapport, l'énumération des textes de l'ancien régime qui faisaient du roi le propriétaire des choses publiques. C'est ainsi qu'y étaient cités : l'ordonnance de 1660 qui affirmait la propriété du roi sur les fleuves et rivières navigables, celle de la marine de 1681 et l'Edit de 1710 qui reconnaissaient la dite propriété sur les rivages de la mer.

Et Enjubault concluait ainsi :

« Notre code législatif a adopté ces maximes ». (Arch. Parl. 1^{re} Série, T. XX, page 317).

Il résulte de tout cela que le législateur de 1790 n'a pas entendu faire des choses publiques une classe de biens spéciaux. S'il a employé l'expression « domaine public » pour les désigner, c'est parce qu'il la considérait comme synonyme de domaine national.

Ces deux expressions, d'ailleurs, n'étaient pas les seules employées dans le décret et on y retrouvait presque toutes celles dont s'étaient servis les rapporteurs à l'exception de celle « domaine de la Couronne » qui rappelait trop l'ancien régime.

Dans le préambule, nous trouvons l'expression domaine public et il est bien évident que les auteurs du décret ne l'emploient pas avec son sens actuel puisqu'ils déclarent que « le domaine public a formé pendant plusieurs siècles

« la principale et presque l'unique source de la richesse nationale ».

Dans l'article 5, nous rencontrons l'expression « biens nationaux ». Or cet article traite des murs et fortifications. Si les auteurs du décret avaient voulu faire des choses publiques une classe de biens particuliers, c'est l'expression « domaine public » que nous aurions dû trouver dans cet article.

Dans l'article 7, nous lisons que « les acquisitions faites par le roi à titre singulier et non en vertu des droits de la Couronne sont et demeurent pendant son règne à sa libre disposition, et le dit temps passé elles se réunissent de plein droit et à l'instant même au domaine public ». L'expression domaine public serait tout à fait impropre dans cet article, si elle avait eu pour les auteurs du décret, le sens qu'elle a actuellement, et c'est l'expression domaine national que nous aurions dû y trouver.

Il semble donc concluant que le législateur de 1790 a employé indifféremment « domaine public » ou « domaine national ». Pour lui ces deux expressions désignaient une seule et même chose : le domaine.

Les articles 1 et 2 ne s'opposent donc nullement ; bien au contraire, l'article 2 est la suite logique de l'article 1.

Sans doute, les biens énumérés dans l'article 2 sont qualifiés d'insusceptibles de propriété privée, mais en nul endroit le décret les déclare inaliénables et imprescriptibles. Il est vrai qu'à cette objection on peut répondre que ces biens ne pouvant être acquis par des particuliers, ils sont par là même frappés d'inaliénabilité.

Nous ferons alors remarquer que de déclarer les choses publiques insusceptibles de propriété privée ne signifie pas qu'on en fait une classe spéciale de biens domaniaux. Nous

avons en effet déjà signalé (page 30) que dans notre ancien droit les choses publiques étaient moins facilement aliénées que les autres biens du domaine, qu'elles étaient en somme insusceptibles de propriété privée. Or cela n'empêchait nullement les rois de les revendiquer comme faisant partie de leur domaine et comme leur appartenant. Il nous semble donc être dans le vrai en concluant que le législateur de 1790 n'a pas modifié la situation des choses publiques. Par contre, il a apporté des nouveautés dans le régime juridique du domaine et dans sa consistance, puisque celui-ci est dès lors aliénable, prescriptible et qu'il ne comprend plus que des terres et droits réels. Quant au fait d'avoir établi la Nation à la place du roi comme propriétaire du domaine, nous ne le considérons pas comme un grand changement, puisque les droits du nouveau titulaire restent les mêmes que ceux de l'ancien. En définitive, le décret de 1790 a été très peu révolutionnaire en notre matière ; il a repris, à peu de choses près, les idées de la monarchie et a délaissé celles hardies de certains de nos anciens auteurs.

C'est donc à tort, pensons-nous, que des juristes ont prétendu trouver dans les textes de 1790 le fondement de la distinction actuelle entre le domaine public et le domaine privé. Cette distinction est l'œuvre de la doctrine, et on ne retrouve pas ses origines dans les textes.

CHAPITRE II

Les articles 2, 3 et 5 du décret de 1790 ont été reproduits dans les articles 538 à 541 du code civil.

Ces articles se trouvent placés dans le chapitre III du Titre I du Livre II de ce code. Le Titre I est intitulé : De la distinction des biens; le chapitre III : des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent.

Ceci nous indique que les auteurs du code se sont occupés du domaine à propos des biens. Ils n'ont d'ailleurs consacré à cette question que quatre articles, jugeant que l'étude du domaine ne les concernait pas, qu'elle ne relevait pas d'un code civil, mais d'un code de droit public et administratif qui, sans aucun doute, serait élaboré sous peu. Ce code de droit public n'a pas été fait ; aussi avons-nous peu de développements sur les questions domaniales.

Le code civil a eu de nombreux commentateurs ; ceux-ci en ont interprété les articles 538 à 541 dans un esprit très différent de celui de leurs auteurs. Comme de l'interprétation des articles 538 à 541 par ces commentateurs sortira la théorie actuelle du domaine, nous la suivrons d'assez près..

Nous diviserons ce chapitre en trois sections :

Dans la première, nous ferons l'étude des travaux préparatoires concernant les articles 538 à 541.

Dans la seconde, nous étudierons les articles eux-mêmes.

Quant à la troisième, nous la réserverons à l'interprétation à laquelle ces articles ont donné lieu.

SECTION I

Les auteurs du code n'ont pas innové en notre matière puisqu'ils se sont contentés de reprendre les articles 2, 3 et 5 du décret de 1790 qui apportaient déjà peu de changements aux notions domaniales de l'ancien droit. Trois hommes se sont principalement occupés des questions domaniales, lors de l'élaboration du code civil, ce sont : Treilhard, conseiller d'Etat, Goupil-Préfeln, tribun, Savoye-Rollin, tribun également.

Le projet de la loi sur la distinction des biens fut présenté au conseil par Treilhard le 13 octobre 1803.

Au cours de sa discussion, le Citoyen Regnault (de Saint-Jean d'Angely) fit remarquer que la loi distingue entre les grandes routes et les chemins vicinaux et que ces derniers appartiennent aux communes ; qu'en conséquence il ne fallait pas employer dans l'article 22 l'expression « chemins publics » car on ferait ainsi rentrer les dits chemins vicinaux dans le domaine public.

L'article 22 en question, qui reproduisait à peu près l'article 2 du décret de 1790, portait en effet que : « les « chemins publics, les rues et places publiques, les fleuves « et rivières navigables ou flottables, les rivages lais et « relais de la mer, les ports, havres, rades et généralement « toutes les portions du territoire national qui ne sont pas « susceptibles de propriété privée sont considérés comme « des dépendances du domaine public ».

Le Citoyen Tronchet fit observer au citoyen Regnault qu'il existe des chemins qui ne sont pas des grandes routes et qui cependant appartiennent à la Nation.

Le citoyen Regnault répond alors qu'il est très facile de distinguer les chemins qui appartiennent ou non à la

Nation puisque ceux là seuls qu'elle entretient font partie de son domaine.

A la suite de cette discussion, le texte suivant fut adopté par le Conseil d'Etat à la fin d'octobre 1803 :

« Les chemins, routes et rues à la charge de la Nation » etc...

Ce dernier texte sera d'ailleurs encore modifié puisque l'édition de 1807 du code civil portera « chemins, routes et rues à la charge de l'Etat ».

Le projet présenté par Treilhard comportait encore les articles 23, 24, 25 relatifs au domaine. Ces articles correspondaient aux articles 3 et 5 du décret de 1790. Voici comment ils étaient rédigés :

Article 23 : « Tous les biens vacants et sans maître et « ceux des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont « les successions sont abandonnées appartiennent à la « Nation ».

Article 24 : « Les portes, murs, fossés, remparts des « places de guerre et des forteresses font aussi partie des « domaines nationaux ».

Article 25 : « Il en est de même des fortifications et « remparts des places qui ne sont pas places de guerre : « ils appartiennent à la Nation s'ils n'ont été valablement « aliénés ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre « elle ».

Au conseil d'Etat il n'y eut aucune discussion à propos de ces trois articles. Par contre lors de leur présentation au Tribunal celui-ci demanda que l'expression « domaines nationaux » de l'article 24 fut remplacée par celle de « domaine public ». Ce qui fut fait le 5 janvier 1804 par le Conseil d'Etat.

Trouvons-nous jusqu'ici trace d'une distinction entre les biens du domaine ? Il ne nous semble pas. Sans doute plusieurs expressions ont été employées pour désigner les différents biens du domaine : domaine public, domaines nationaux, biens qui appartiennent à la Nation ; mais il est assez naturel que les auteurs du code, ayant repris à leur compte les idées du législateur Révolutionnaire, lui aient aussi emprunté ses expressions. Or comme nous avons conclu, dans le chapitre précédent, qu'il n'y avait pas trace d'une distinction entre le domaine public et le domaine national, nous concluerons de même ici, et dirons que « domaine public », domaines nationaux », « biens qui appartiennent à la Nation » étaient des expressions considérées comme synonymes par les auteurs du code civil.

Peut-être pourrait-on objecter qu'en demandant de remplacer « domaines nationaux » par « domaine public » dans l'article 24, le Tribunat entendait restituer aux biens désignés dans cet article l'appellation qui leur était due (actuellement les biens en question font, en effet, partie du domaine public), nous ne pensons pas que telle était l'intention du Tribunat. Si celui-ci a demandé le remplacement de l'expression domaines nationaux, par celle de domaine public, c'est qu'on avait pris l'habitude de donner à cette appellation un sens restreint. On entendait, en effet, par domaines nationaux, certains biens que la Nation s'était appropriée pendant la Révolution (biens des ordres, biens ecclésiastiques, biens des corporations, etc...).

L'expression domaine public semblait donc être plus apte à désigner les biens de l'article 24. Si les Tribuns avaient entendu employer l'expression domaine public, avec son sens actuel, ils n'auraient pas laissé subsister

dans l'énumération de l'article 22 les lais et relais de la mer.

Laissons maintenant le projet de loi sur la distinction des biens, pour aborder l'étude des autres travaux préparatoires des articles 538 à 541 du code civil, c'est-à-dire l'exposé des motifs de Treilhard, le rapport de Goupil-Préfeln, le discours de Savoye-Rollin.

Dans l'exposé des motifs de la loi relative à la distinction des biens, exposé fait par Treilhard au Corps Législatif le 16 janvier 1804 (1), nous ne trouvons rien sur les choses publiques. L'idée dominante de Treilhard dans cet exposé étant que l'étude du domaine ne relève pas du code civil, mais d'un code de droit public, on comprend dès lors qu'il ne s'attarde pas à exposer ses idées sur les choses publiques.

Quant au rapport fait au Tribunat, sur la loi déjà citée, par Goupil-Préfeln, le 20 janvier 1804 (2), s'il s'étend un peu plus sur les choses publiques, son auteur ne conclut pas qu'elles doivent faire l'objet d'une classe de biens à part dans le domaine.

« Les chemins, routes et rues à la charge de la nation,
« dit-il, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les
« rivages, lais et relais de la mer, les ports, havres, rades,
« les portes, murs, fossés et remparts des places de guerre
« et des forteresses sont par leur nature des dépendances
« nécessaires du domaine public. Ils sont inaliénables tant
« qu'ils conservent cette destination et conséquemment
« imprescriptibles, car la prescription est un moyen d'alié-
« nation ».

(1) Dalloz J. G. 1847, Tome 6, V^o, Biens.

(2) *Ibidem*.

Goupil-Préfeln se prononce pour l'inaliénabilité des choses publiques, mais il n'innove rien puisque, implicitement, le décret de 1790 les avaient reconnues comme telles en les déclarant insusceptibles de propriété privée. Or ce décret n'en avait pas pour cela fait une classe à part. Ces choses publiques appartenaient comme les autres biens domaniaux à la Nation. Il en est de même ici et Goupil-Préfeln en déclarant les choses publiques inaliénables n'entendait pas les soustraire à la propriété de l'Etat. Il nous reste à dire un mot, pour terminer l'étude des travaux préparatoires, du discours prononcé au Corps Législatif par Savoye-Rollin, quelques jours après le rapport de Goupil-Préfeln, au Tribunat.

Savoye Rollin était l'un des orateurs chargés de présenter le vœu du Tribunat sur la loi traitant de la distinction des biens. Dans le discours qu'il fit à ce propos, il fut assez peu prolix sur les choses publiques et signala seulement qu'elles faisaient partie du domaine. Il paraît bien évident, à la lecture de son discours, qu'il n'a pas envisagé un seul instant la possibilité d'en faire une classe spéciale de biens domaniaux.

Les travaux préparatoires des articles 538 à 541 du code civil ne nous ont donc apporté aucun argument en faveur de l'existence, à cette époque, d'une distinction entre les biens du domaine public, d'une part, ceux du domaine national, d'autre part. Notons encore que le projet de loi sur la distinction des biens fut adopté très facilement, qu'il fut décrété le 25 janvier 1804 et que la promulgation eut lieu le 4 février suivant.

C'est ainsi que les articles 22, 23, 24, 25 de ce projet devinrent les articles 538, 539, 540 et 541 du code civil que nous allons étudier maintenant.

SECTION II

Les articles du code civil relatifs au domaine sont ainsi rédigés :

Article 538 : « Les chemins, routes et rues à la charge
« de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables,
« les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres,
« les rades et généralement toutes les portions du territoire
« français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété
« privée sont considérés comme des dépendances du domai-
« ne public ».

Article 539 : « Tous les biens vacants et sans maître et
« ceux des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont
« les successions sont abandonnées appartiennent au domai-
« ne public ».

Article 540 : « Les portes, murs, fossés, remparts des
« places de guerre et des forteresses font aussi partie du
« domaine public ».

Article 541 : « Il en est de même des terrains, des
« fortifications et remparts des places qui ne sont plus places
« de guerre : ils appartiennent à l'Etat, s'ils n'ont été
« valablement aliénés ou si la propriété n'en a pas été
« prescrite contre lui ».

Dès la première lecture, nous remarquons des différences avec les articles du décret de 1790. Les articles du code civil ne donnent plus de définition du domaine ; les expressions domaines nationaux et biens appartenant à la Nation ne s'y trouvent plus.

Toutefois, la première édition du code portait encore à l'article 539 l'expression « appartiennent à la Nation ». Ce n'est qu'à l'édition de 1807 que cet article fut modifié et rédigé ainsi que nous l'avons cité plus haut. C'est égale-

ment de cette même édition que date la modification apportée à l'article 538, modification qui consistait à employer l'expression « à la charge de l'Etat », à la place de celle « à la charge de la nation ».

Ces deux modifications sont significatives de l'esprit d'alors. On préférerait, en effet, ne plus se servir des mots qui rappelaient la période Révolutionnaire, et comme l'Etat devenait, à l'époque du code civil une entité juridique distincte de la Nation, on s'empressait de remplacer les expressions « domaine national », « à la charge de la Nation », par celles de « domaine public », « à la charge de l'Etat ». On n'avait aucun scrupule à agir ainsi, puisqu'il était bien entendu que toutes les expressions s'équivalaient.

C'est ainsi que tous les biens énumérés dans les articles 538 à 541 sont réputés appartenir au domaine public. Il paraît donc, de ce fait, assez difficile de vouloir trouver dans les articles en question une distinction entre biens du domaine public et biens du domaine de l'Etat. C'est pourtant ce qu'y prétendent trouver de nombreux auteurs qui invoqueront des fautes de rédaction pour étayer leurs dires.

Ils diront que les auteurs du code ne voulaient désigner par « domaine public » que les « choses publiques », et que si les biens de l'article 539 sont désignés comme faisant partie du domaine public, c'est par suite d'une erreur de rédaction ; erreur de rédaction qui ne se trouvait, ni dans l'article 23 du projet de loi, puisque dans cet article on y relevait l'expression « appartiennent à la nation », ni dans la première édition du code dans laquelle l'article 539 portait la même rédaction que l'article 23.

Ils diront également que les lais et relais de la mer ont été compris parmi les biens de l'article 538 par suite d'une erreur de rédaction (ils pourraient dire deux erreurs, puisque ces lais et relais étaient mentionnés également dans l'article 22 du projet de loi).

Ils diront enfin qu'il s'est aussi glissé une erreur dans la rédaction de l'article 541.

Il ne nous paraît pas possible d'admettre cette suite d'erreurs de rédaction. Si les auteurs du code avaient voulu diviser le domaine en deux parties et qualifier ces deux parties différemment, ils auraient veillé à ne pas laisser passer, sans les rectifier, des textes erronés.

A notre avis, la pensée des auteurs du code n'était pas douteuse. Ils ne connaissaient qu'un seul domaine dans lequel ils faisaient rentrer pêle-mêle choses publiques et autres biens ; ils n'avaient donc jamais eu, c'est certain, l'intention de distinguer entre le domaine public d'une part, et le domaine de l'Etat d'autre part.

La jurisprudence de la première moitié du XIX^e siècle interpréta correctement les articles 538 à 541 du code civil. Ce n'est qu'après la parution du traité de Proudhon sur le domaine qu'on trouva, dans des arrêts, la distinction en question.

Ces auteurs ont donc tort, qui prétendent s'appuyer sur les textes du code civil pour y trouver le fondement de la distinction qu'ils ont créée de toute pièce. Ce sont eux les responsables de cette distinction, elle est leur œuvre et non pas celle des auteurs de code civil.

SECTION III

Dès la première moitié du xix^e siècle, des auteurs civilistes commentant le code civil prétendent trouver dans les articles 538, 539, 540, 541, une division du domaine en deux parties, tandis que tous les auteurs du droit administratif restent fidèles à l'esprit des auteurs du code et ne connaissent, avec eux, qu'un domaine.

Nous allons consacrer un paragraphe à l'étude de quelques auteurs civilistes et un autre paragraphe, à celle de quelques auteurs du droit administratif.

§ I.

Les Civilistes dont nous proposons de dégager les théories domaniales sont : Pardessus, Toullier, Delvincourt et Duranton.

1) *Pardessus*

Pardessus était avocat en cour de justice criminelle du Loir-et-Cher et Maire de la ville de Blois, lorsqu'en 1806 il fit paraître un « Traité des Servitudes suivant les principes du code civil », dans lequel nous trouvons plus qu'esquissée la théorie qui fera la renommée de Proudhon. Au chapitre II de la première partie de son ouvrage intitulé « Quels immeubles sont exempts de servitude », nous lisons ceci :

« L'intérêt général, auquel les particuliers doivent des sacrifices, exige que les choses destinées à l'utilité commune soient exemptes de la loi qui régit les propriétés » (1).

(1) Traité des Servitudes, p. 54, N^o 52.

Ces quelques lignes nous annoncent un développement sur les choses destinées à l'utilité commune, et nous le trouvons un peu plus loin, lorsque Pardessus déclare que deux classes d'immeubles sont exemptes de servitude (nous ne nous occuperons ici que de la première classe, la seconde étant constituée par le domaine municipal).

D'après notre auteur, la première classe d'immeubles exemptes de servitude comprend « tout ce qui forme le domaine public » et les objets qui le composent « sont par « leur nature consacrés à l'usage de tous et au service « général. Ils n'appartiennent à titre de domaine à qui que « ce soit et l'Etat en est moins le propriétaire que le conser- « vateur et le dépositaire pour garantir leur destination. Les « chemins, routes et rues à la charge de la Nation, les « fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, « lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, « les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre « et des forteresses et généralement toutes les portions « du territoire national qui ne sont pas susceptibles de « propriété privée forment le domaine public » (1).

Pardessus fait donc de l'Etat le gardien du domaine public ; ce domaine, il en refuse la propriété à quiconque et en accorde l'usage à tous.

Il distingue encore dans le domaine public, les biens publics par leur nature (ceux de l'article 538) et les biens publics par leur destination (ceux de l'article 540). En effet, écrit-il, pour ces derniers « on ne saurait dire qu'ils « ne sont pas susceptibles de propriété privée. Aussi « c'est moins leur nature qui les met hors du commerce

(1) Traité des Servitudes, page 55, n° 53.

« que l'emploi présent qu'en fait le gouvernement pour
« le service public et la défense générale de l'Etat » (1).

Pardessus accouple donc les articles 538 et 540 qui forment selon lui le domaine public, et il accouple de même les articles 539 et 541 dont les biens constituent une autre sorte de domaine susceptible de propriété privée, que l'Etat possède à titre de propriétaire. Cet autre domaine, c'est le domaine national.

Ayant distingué domaine public, domaine national, Pardessus donne quelques explications sur les droits de chacun vis-à-vis du domaine public :

« Les droits des particuliers sur le domaine public
« consistent moins dans la faculté illimitée qu'aurait cha-
« cun d'y faire ce qu'il voudrait, qu'en ce que nul ne peut
« pour son intérêt en interdire l'exercice à un autre ou
« apporter quelque obstacle à ce qu'un autre en use » (2).

Il note enfin que n'étant pas la propriété de l'Etat, le domaine public est forcément inaliénable et imprescriptible.

Sa théorie domaniale peut donc se résumer ainsi :

Deux domaines : domaine public, domaine national.

Le domaine public est composé de biens qui sont publics soit par leur nature, soit par leur destination ; il est inaliénable et imprescriptible, il est consacré à l'usage de tous, l'Etat n'en étant que le conservateur et le dépositaire.

Le domaine national appartient au contraire à l'Etat : il peut en conséquence être aliéné et prescrit.

Le système domanial de Pardessus était donc très original puisqu'il comportait la fameuse distinction du domai-

(1) Traité des Servitudes, page 63, N° 59.

2) Traité des Servitudes, pages 66 et 67, N° 64.

ne public et du domaine national qu'on trouvera à nouveau dans le traité de Proudhon et qui fera alors fortune.

2) *Toullier*

Toullier fut doyen de la Faculté de droit de Rennes et batonnier de l'ordre des avocats de la même ville. Il fit paraître en 1811 un traité sur le droit civil Français.

Dans un des chapitres (1) intitulé « Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent », il explique que les biens peuvent être possédés « par des particuliers, par des corps ou par des Etablissements publics » et que le premier de tous les corps « celui qui renferme tous les autres, c'est le grand corps de la Nation désigné communément sous le nom d'Etat » (2).

Ayant ainsi affirmé la faculté pour l'Etat de posséder des biens, il donne la définition suivante du domaine :

« On appelle domaine national ou domaine public « tous les biens qui appartiennent à la Nation ou à « l'Etat » (3).

Toullier emploie donc pour équivalentes les expressions domaine national ou domaine public. On pourrait dès lors penser qu'il a interprété fidèlement les articles du code : il n'en est rien, car commentant la définition qu'il vient de donner du domaine national ou public, il distingue dans ce domaine plusieurs sortes de biens : les biens insusceptibles de propriété privée, puis les biens susceptibles de propriété privée.

(1) Chapitre III, Titre I, Livre II.

(2) Droit Civil Français, Tome 3, page 23.

(3) Droit Civil Français, Tome 3, page 23.

Parmi ces biens susceptibles de propriété privée, il distingue les biens dans le commerce et les biens hors du commerce.

Les biens hors du commerce susceptibles de propriété privée sont ceux qui sont affectés à l'usage public par leur destination et qui dès que cesse leur destination rentrent dans le commerce.

Ils forment, avec les biens insusceptibles de propriété privée, une classe spéciale de biens domaniaux qui est inaliénable et imprescriptible, qui n'appartient à personne, dont l'usage est commun à tous, et dont le souverain de la Nation en a moins la propriété que la souveraineté. Ainsi, pour Toullier, l'Etat se trouve donc avoir deux sortes de biens domaniaux, des biens hors du commerce et des biens dans le commerce ; les biens hors du commerce étant ou insusceptibles de propriété privée, comme les fleuves, les rivières navigables, les ports, les havres, les rades, ou susceptibles de propriété privée, mais hors du commerce tout de même, de par leur destination, comme les églises, les monuments publics, etc...

3) *Delvincourt.*

Delvincourt fut avocat à la Cour Royale et professeur puis doyen de la Faculté de droit de Paris. Dans son cours de droit civil (1819, Tome I), lorsqu'il en arrive à traiter des biens, il divise ceux-ci en biens nationaux, biens communaux, biens patrimoniaux.

Des biens nationaux, il donne cette définition : ce sont ceux qui appartiennent à l'Etat.

Parmi ces biens nationaux, il distingue :

1) Les biens « qui dépendent tellement du domaine public, qu'ils ne peuvent sans changer de nature cesser d'en faire partie » (Cours de Droit Civil, Tome I, page 140). Ce sont ceux des articles 538 et 540 du code civil.

2) Les biens qui appartiennent à l'Etat mais qui peuvent « sans changer de nature devenir propriété privée, soit par aliénation valable, soit par prescription » (Cours de Droit Civil, T. I, page 140). Ce sont ceux des articles 539 et 541 et quantité d'autres biens, les articles du code n'étant pas limitatifs.

Cette distinction une fois faite, Delvincourt ne s'étend pas sur la question et ne dit pas quels sont les droits de l'Etat sur la première classe de biens. On peut sans doute sous-entendre, qu'ils sont inaliénables et imprescriptibles, mais on ne sait pas si l'auteur entend ou non en reconnaître la propriété à l'Etat.

4) *Duranton.*

Duranton fut lui aussi professeur à la Faculté de droit de Paris. Ses idées en matière domaniale sont exposées dans son cours de Droit Civil, au chapitre qui traite des biens.

Il distingue, comme Delvincourt, trois sortes de biens : nationaux, communaux, patrimoniaux. Voici, ce qu'il écrit au sujet des biens nationaux :

« Nous ferons une distinction importante afin de connaître quels sont ceux de ces biens qui quoique appartenant à l'Etat sont réellement dans le commerce et peuvent en conséquence être aliénés et prescrits, et ceux au contraire qui sont inaliénables et par suite imprescriptibles. Les uns sont essentiellement biens publics et font

« partie du domaine public tant qu'ils conservent leur destination » (1).

Ces biens essentiellement publics sont ceux des articles 538 et 540 du code civil.

Duranton n'est pas plus explicite que Delvincourt sur les droits de l'Etat vis-à-vis de ceux-ci ; par contre en ce qui concerne les droits de l'Etat sur les biens du domaine aliénables et prescriptibles, il note :

« L'Etat est par rapport à eux, comme un citoyen par rapport à son patrimoine et telle est la raison pour laquelle il est quant à ces biens soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers » (2).

§ 2.

Ayant consacré le paragraphe 1 de cette section à chercher dans quel esprit des auteurs civilistes avaient interprété les articles 538 à 541 du code civil, il nous faut dans ce second paragraphe étudier brièvement les réactions des auteurs du droit administratif à propos de ces mêmes articles.

Nous pouvons tout de suite affirmer qu'ils n'ont pas, comme les civilistes que nous venons de citer, cherché à distinguer plusieurs catégories de biens domaniaux. Ils sont restés, dans leur ensemble, fidèles à l'esprit des auteurs du code, sauf peut-être Isambert auquel nous consacrerons quelques lignes.

1) Ouvrons, par exemple, le Répertoire de Merlin qui travailla à l'élaboration du décret de 1790, au mot Domaine. Nous y trouvons la définition suivante du domaine public :

(1) Cours de Droit Civil, Tome IV, N° 183.

(2) Cours Droit Civil T. 4, N° 196.

« Termes qui dans l'ancienne législation étaient synonymes de domaine de la Couronne et désignent aujourd'hui, comme on l'a vu sous ces mots, les biens dont l'Etat a tout à la fois la propriété et la jouissance » (1).

Très peu de temps avant la parution du traité de Proudhon Merlin n'avait donc nullement dans l'esprit qu'il pût y avoir deux sortes de domaine.

2) Dans les *Institutes* du Baron de Gerando, dont la première édition parut en 1829, quatre ans donc seulement avant le *Traité du domaine* de Proudhon, nous ne trouvons pas trace, non plus, de la moindre distinction entre domaine public et domaine de l'Etat.

Gerando se sert bien de ces deux expressions pour désigner le domaine, mais il est évident qu'il les emploie l'une pour l'autre. Il désigne aussi bien par domaine public les biens de l'article 539 que ceux de l'article 538.

A un endroit de son ouvrage, par exemple, il intitule un titre « du domaine public » et se sert dans le développement de la question de l'expression domaine de l'Etat. C'est donc la preuve qu'il tient les deux expressions pour équivalentes.

Toutefois, il se peut que Gerando ait eu quelques notions vagues sur l'existence d'une catégorie de biens spéciaux dans le domaine, puisqu'au cours de son ouvrage, il indique qu'il y a des biens que leur nature oblige à faire partie du domaine, et que certains biens ne peuvent être aliénés lorsqu'ils sont « indispensables au service public » (2). Mais cela n'est pas bien net et Gerando ne pousse pas plus avant le problème.

(1) Répertoire, T. 4 Edit. 1827, V^o, Domaine.

(2) *Institutes*, Tome 3, page 384.

Nous avons tenu à signaler l'absence de la distinction entre le domaine public et le domaine de l'Etat, dans la première édition des Institutes de Gerando, car nous aurons l'occasion de constater, au cours de ce travail, que cette distinction s'y trouve dans l'édition de 1842.

3) Si dans leur ensemble, les auteurs du droit administratif ne se sont pas aventurés à innover en matière domaniale, un de ceux-ci cependant nous paraît avoir dégagé assez nettement la notion de domanialité publique. Il s'agit d'Isambert qui fut avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation et qui de 1825 à 1829 fit paraître un traité de La Voirie.

Au tome 2 de cet ouvrage, nous trouvons la définition suivante du domaine :

« Par ces mots domaine public, il faut entendre, non
« cette sorte de domaine qui est hors du commerce, mais
« les biens domaniaux ordinaires, par la raison que les
« biens qui n'appartiennent à personne sont l'héritage du
« domaine » (Traité de la Voirie, T. 2, N° 380).

Isambert fait donc une opposition très nette entre les biens hors du commerce et les biens domaniaux ordinaires. Pour lui, les biens hors du commerce sont inaliénables et imprescriptibles, puisque, à propos de la prescription des chemins, il note que la prescription de ceux-ci n'est pas plus possible que celle des autres parties du domaine public qui sont hors du commerce.

Quels sont ces biens hors du commerce qui rentrent dans le domaine ? D'après notre auteur, ce sont ceux de l'article 538 du code civil.

Revenant encore sur ces choses hors du commerce, il en donne cette définition : ce sont celles qui sont destinées à un service public perpétuel, ce qui permet de penser

qu'Isambert a été plus frappé par la destination des biens hors du commerce, que par leur nature. Il ajoute encore à ce sujet, que cette destination publique des biens hors du commerce ne peut cesser « que par un acte de la puissance publique » (Traité de la Voirie, T. 2, N° 376) et que les dits biens n'appartiennent à personne et sont affectés à l'usage de tous.

Isambert a donc eu, en matière domaniale, des idées assez semblables à celles des civilistes étudiés plus haut, mais il paraît bien être le seul publiciste de son époque à en avoir formulé de telles.

CHAPITRE III

Comme nous l'avons dit au début du présent titre, ce chapitre traitera tout d'abord de la théorie domaniale de Proudhon, puis de l'influence qu'elle eût sur la doctrine, la jurisprudence et la législation.

Nous diviserons donc ce chapitre en deux sections qui traiteront des deux points indiqués.

SECTION I

Proudhon fut professeur puis doyen à la Faculté de droit de Dijon.

En 1833, il fit paraître un ouvrage intitulé « Traité du « domaine public, ou de la distinction des biens considérés « principalement par rapport au domaine public ».

Des auteurs ont signalé que ce traité qui devait apporter un si grand changement en matière domaniale, n'avait nullement été présenté par Proudhon, comme renfermant un nouveau système, et cela est vrai. La fameuse distinction faite par celui-ci entre le domaine public et le domaine de l'Etat n'était nullement montée en épingle dans le traité en question.

C'était d'ailleurs une manière d'agir fort heureuse, qu'avait adoptée Proudhon et il fut ainsi certainement mieux suivi, que s'il avait annoncé, en grande pompe, que son ouvrage allait bouleverser les notions domaniales acceptées jusqu'alors.

Ce système domanial n'était pas entièrement nouveau, puisqu'il reprenait en partie les théories de Delvincourt, de Toullier ou d'autres civilistes, et que Pardessus avait nettement opposé le domaine public au domaine national. Mais Pardessus ne fut pas suivi; peut-être parce que l'opinion n'était pas encore suffisamment préparée à ce sujet, alors que Proudhon fit tout de suite fortune en opposant le domaine public au domaine de l'Etat.

C'est dans le premier volume du *Traité du domaine* que se trouvent les pièces essentielles de la théorie domaniale de notre auteur, les quatre autres volumes étant consacrés à une étude spéciale de chacun des différents biens domaniaux.

Du domaine public Proudhon donne la définition suivante : « Il y a des choses qui sont publiques, quaedam publica, comme asservies par la disposition de la loi civile aux usages de tous. Tels sont les ports de mer, les fleuves, rivières navigables, les grandes routes et les chemins publics et c'est ce genre de choses qui fait l'objet du domaine public » (1).

Du domaine de l'Etat, il donne cette définition :

« Il y a des choses qui appartiennent propriétairement à la communauté politique qui en jouit comme les particuliers jouissent chacun de ces biens, quaedam universitatis. Ce sont celles qui composent les domaines nationaux ou communaux, ou le patrimoine de l'Etat et des communes » (2).

Proudhon oppose donc très nettement les deux domaines dans lesquels il fait rentrer les biens suivants : Dans le domaine public, ceux des articles 538 et 540 du code civil,

(1) *Traité du domaine public*, T. I, N° 3.

(2) *Traité du domaine Public*, T. I, Chapitre I, N° 4.

puis les églises, les bâtiments militaires, les canaux*. Dans le domaine de l'Etat, tous les autres biens et entre autres, ceux des articles 539 et 541.

Proudhon s'appuyant sur le code civil et prétendant y trouver la distinction qu'il propose, ne manque pas de signaler « l'erreur grave » qui a été commise lors de la rédaction de l'article 539 ; il ajoute que cette erreur ne se trouvait d'ailleurs pas dans la première édition du code, et il conclut que, sans aucun doute, ces biens font partie du domaine de l'Etat.

En ce qui concerne les droits à reconnaître à l'Etat sur le domaine public, Proudhon semble bien lui en refuser la propriété puisqu'il écrit ceci :

« Le domaine public n'est pour personne ni même pour « l'Etat un domaine de propriété puisque nul n'en est « exclu. Il résulte de là que l'espèce de possessoire que le « gouvernement exerce sur les fonds de ce domaine n'a « lieu qu'au nom et dans l'intérêt du public » (2).

Un peu plus loin, dans le même chapitre, Proudhon déclare que le domaine public n'est « qu'un domaine de protection » pour l'Etat et que celui-ci doit en garantir l'usage à tous.

Après avoir défini les deux domaines, après avoir insisté sur ce fait que le domaine public ne peut constituer une vraie propriété pour l'Etat, Proudhon explique comment déterminer qu'un bien fait partie du domaine public. Il propose alors deux critères ; tout d'abord celui-ci :

Un bien fait partie du domaine public lorsqu'il est improductif. Ce critérium de l'improductivité des biens du domaine public, nous l'avions déjà trouvé dans Domat qui

(1) Traité du domaine public. T. I. Chapitre XV, N° 202.

déclarait les biens hors du commerce, insusceptibles de revenus.

Proudhon reprend donc à son compte ce critérium et pour couper court aux objections qu'on pourrait lui faire à ce sujet, il s'empresse d'ajouter que les droits auxquels peuvent donner lieu les ponts ou les canaux de navigation, par exemple, ne sont pas « des vrais produits du fonds » mais des impôts indirects. (Traité du domaine T. I. CH. XV n° 204).

Il propose également comme critère de la domanialité publique : « l'affectation aux services publics ».

« Le domaine public, dit-il, embrasse généralement « tous les fonds qui sans appartenir propriétairement à « personne ont été civilement consacrés au service de la « société ». (Traité du Domaine Public T. I. Ch. XV n° 200).

Pour lui, explique-t-il encore, l'affectation d'un fonds à un service public n'est autre chose « qu'un droit d'usage ou d'usufruit établi sur ce fonds au profit du public ».

Enfin, pour terminer l'exposé de sa théorie domaniale, Proudhon conclut à l'inaliénabilité du domaine public. Si le domaine public est inaliénable, parce qu'il est hors du commerce, tous les biens qui le composent ne sont pas inaliénables au même degré. Pour ceux qu'il qualifie de domaniaux « de par le droit naturel », Proudhon reconnaît l'impossibilité de les aliéner ou de les prescrire, parce que leur nature s'y oppose ; mais pour ceux qu'il qualifie de domaniaux « de par l'ordre civil », il conclut au contraire à la possibilité de les aliéner ou de les prescrire, lorsque leur affectation, leur destination cesse. Et notre auteur d'ajouter, que cette affectation cessera, soit expressément lorsque le service public auquel ils étaient affectés, est supprimé, soit tacitement, lorsque par suite de décrépité-

tude, ils ne peuvent plus remplir les fonctions auxquelles ils étaient destinés (exemple : forteresse abandonnée et en ruines).

Voilà donc en bref, le système domanial proposé par Proudhon, dans son traité du domaine.

Ce système fut adopté par la doctrine et la jurisprudence avec une facilité qui pourrait surprendre et qui surprendrait en effet, si notre auteur l'avait créé entièrement. Mais il n'en a pas été ainsi et nous avons retrouvé au cours du traité de Proudhon maintes notions qui se trouvaient déjà chez certains de nos anciens juristes et chez les civilistes du début du *xix^e* siècle.

Aussi ne sommes-nous pas étonné que Proudhon ne rencontra pas d'obstacles, que sa nouvelle théorie fut acceptée sans discussions.

D'autres, avant lui, avaient créé un courant d'idées favorables à l'épanouissement de son système domanial. Ce fut lui qui recueillit les lauriers, qui fut considéré comme le créateur d'un nouveau droit domanial, alors qu'il aurait été plus juste de ne reconnaître en son œuvre que l'aboutissement d'un travail doctrinal de plusieurs siècles.

SECTION II

Dès la parution du traité de Proudhon, la doctrine adopta la distinction qui y était proposée. La jurisprudence semble avoir été plus lente à la faire sienne. Quant à la législation, il faut attendre la loi du 16 juin 1851 relative à la Constitution de la propriété en Algérie pour trouver les deux expressions, domaine public et domaine de l'Etat, employées avec le sens que leur avait donné Proudhon.

Nous allons en trois paragraphes constater l'influence de la théorie de Proudhon sur la doctrine, la jurisprudence et la loi.

§ 1.

De ce que la doctrine postérieure à Proudhon fit sienne, dans son ensemble, la théorie domaniale de celui-ci, il ne faudrait pas conclure que tous les juristes l'adoptèrent sans aucune divergence de vue.

Bien au contraire, tant sur le critérium à adopter en matière de domanialité publique que sur les droits à reconnaître à l'Etat sur le domaine public, les opinions sont très différentes.

Nous n'étudierons pas ici, ces opinions divergentes, nous réservant d'y revenir dans notre seconde partie.

Nous nous contenterons, pour le moment, de montrer comment après Proudhon le nouveau vocabulaire, par lui préconisé, fut employé par tous, et cela aussi bien par les civilistes que par les auteurs du droit administratif.

1) Le premier auteur que nous citerons, parce que son ouvrage parut seulement trois ans après le Traité du domaine de Proudhon, est Le Rat de Magnitot.

Le Rat de Magnitot, en collaboration avec Huard-Delamarre fit paraître en 1836 un dictionnaire de droit public et administratif (2 volumes).

Aux mots domaine de l'Etat, notre auteur citant Proudhon déclare que font partie du domaine de l'Etat les choses productives d'un revenu et que sur ces choses l'Etat a les mêmes droits qu'un particulier sur sa propriété.

Aux mots domaine public, voici ce que nous lisons :

« Avant la loi de 1790, on confondait sous cette dénomination unique le domaine de la couronne et de l'Etat,

« mais aujourd'hui des distinctions spéciales ont été établies ».

Après quoi, il explique qu'on divise maintenant le domaine en domaine public et domaine de l'Etat, et il donne du domaine public une définition en tous points semblables à celle de Proudhon.

Quand il en arrive à traiter de la consistance des deux domaines, il ne manque pas de signaler l'erreur matérielle qui s'est glissée dans l'article 539, car il pense, comme Proudhon, que la distinction du domaine public et du domaine de l'Etat se trouve dans les articles 538 à 541 du code civil et même dans le décret de 1790.

2) Poursuivant l'ordre chronologique, nous citerons maintenant Macarel et Boulatignier qui dans leur ouvrage « De la Fortune publique en France et de son administration » (1838 3 volumes), distinguent également deux sortes de domaine :

« L'une à laquelle on donne le nom de domaine public « comprend toute cette portion de biens qui restent en « jouissance commune et dont les étrangers eux-mêmes « peuvent profiter comme les nationaux, l'autre à laquelle « on donne le nom de domaine de l'Etat comprend tous les « biens dont l'Etat jouit propriétairement comme un simple « particulier ». (De la fortune publique en France T. I. page 39).

Ces auteurs reprennent bien eux aussi la distinction de Proudhon et comme lui, opposent le domaine public dont la jouissance est commune à tous, au domaine de l'Etat qui appartient en pleine propriété à l'Etat.

3) Dans le chapitre précédent, nous avons, en citant les Institutes du Baron de Gerando dans leur première édition, constaté que leur auteur considérait comme équiva-

lentes les expressions « domaine public » et « domaine de l'Etat » et qu'en conséquence, il les employait indifféremment.

Si nous parcourons, au contraire, les mêmes Institutes dans leur édition de 1842, nous y trouvons les deux expressions employées avec un sens nettement différent. C'est qu'entre les deux éditions le livre de Proudhon a paru et que le Baron de Gerando a adopté le système domanial qui y était contenu.

Voici les définitions qu'il donne des deux domaines (Tome 2, pages 516 et 517) :

« Nous comprenons dans le domaine public, les choses « qui n'appartiennent à personne, qui ne sont pas dans le « commerce et qui affectées par leur destination à un service public, à une jouissance générale ne sont pas, par « ce motif susceptibles d'une propriété privée ».

« Le domaine public se distingue du domaine de l'Etat « c'est-à-dire des choses que l'Etat possède comme étant « une personne légale, qu'il possède à titre privé ».

En ce qui concerne la consistance des deux domaines, le Baron de Gerando, comme Proudhon, fait rentrer dans le domaine public les biens des articles 538 et 540 du code civil, et dans le domaine de l'Etat, entre autres biens, ceux des articles 539 et 541.

Il explique en note (Tome 2, page 518) qu'il ne comprend pas les biens de l'article 539 parmi les biens du domaine public « parce que suivant la judicieuse remarque « de M. Proudhon, la mention qui y est faite du domaine « public est l'effet d'une erreur ».

Ces quelques lignes nous prouvent à quel point le Baron de Gerando a subi l'influence de Proudhon.

4) Dans l'ouvrage « *Eléments de droit public et administratif* » de Foucart (1843, 3^e édition, 3 vol.), nous trouvons également trace de la doctrine Proudhonienne.

Foucart distingue soigneusement le domaine public du domaine de l'Etat, et note que s'il y a eu quelquefois confusion entre ces deux domaines, c'est par suite de l'erreur matérielle contenue dans l'article 539, erreur ajoute notre auteur, « qui ne doit point faire obstacle à une distinction admise aujourd'hui par la doctrine » (Tome 2, n^o 703).

C'est pourquoi Foucart conclut « les biens qui font partie du domaine public sont énumérés par les articles 538 et 540 du code civil » (Tome 2, n^o 709) et ils doivent être distingués des biens du domaine de l'Etat qui sont meubles, immeubles ou droits incorporels.

5) Jusqu'ici nous avons seulement donné des exemples du succès de la théorie de Proudhon parmi les auteurs du droit administratif. Nous l'avons fait sciemment. En effet, nous avons déjà eu l'occasion d'affirmer au cours de ce travail que c'est la doctrine civiliste qui a peu à peu dégagé la notion de domanialité publique, et nous en avons fourni des preuves en étudiant les idées originales de certains de nos anciens juristes, en matière domaniale, et les commentaires, assez éloignés de l'esprit des rédacteurs du code civil, auxquels les articles 538 à 541 avaient donné lieu.

Puisque les Civilistes n'ignoraient pas tout de la question et semblaient, de ce fait, devoir se rallier très facilement à la théorie domaniale de Proudhon, il nous a semblé plus judicieux de contrôler les réactions des publicistes devant cette nouvelle doctrine. Néanmoins, et à seule fin de prouver que la doctrine civiliste subit fortement, elle aussi, l'influence de Proudhon, nous citerons quelques

extraits du « Commentaire théorique et pratique du code civil » de Du Caurroy.

Du Caurroy prétend lui aussi trouver dans le code civil la distinction du domaine public et du domaine de l'Etat, et signale l'erreur matérielle de l'article 539.

Après avoir rappelé que sous l'ancien régime, domaine public et domaine de l'Etat étaient deux expressions employées couramment l'une pour l'autre, il signale que le code civil prend l'expression de domaine public dans un sens tout spécial puisqu'il « l'applique aux biens qui par « leur nature ou leur destination ne sont pas susceptibles « de propriété privée ». (Commentaire théorique et pratique T. 2, n° 54).

Et alors, ajoute notre auteur, « pour désigner les autres « biens qu'on attribuait autrefois également au domaine « national ou au domaine public dans l'ancienne acception « de ce mot, le code civil dit simplement qu'ils appartiennent à l'Etat ». (*Op. Cit.* n° 57).

Il est manifeste que du Caurroy a lu Proudhon et s'est rallié entièrement à ses idées.

6) Enfin et pour clore cette longue énumération d'ouvrages où nous avons retrouvé l'influence de Proudhon, nous citerons encore « le Dictionnaire des domaines » de Fessard, paru en 1844.

Fessard étant sous-chef à l'Administration des domaines lorsqu'il fit paraître son ouvrage, nous nous trouverons ainsi à connaître quelle était alors la doctrine domaniale des Bureaux.

Il semble bien que l'Administration des domaines ait adopté sans aucune difficulté la théorie de Proudhon. En effet, aux mots « domaine public », de l'ouvrage cité, nous lisons que la loi du 22 novembre-1^{er} décembre 1790

et le code civil ont compris sous la dénomination de domaine public : 1° « Toutes les propriétés qui par leur nature « ne peuvent se trouver dans le commerce ; 2° toutes celles « qui par leur destination sont placées hors du commerce ».

Nous lisons également que le domaine public ne peut pas constituer une véritable propriété pour l'Etat, mais qu'il existe à côté de ce domaine public un autre domaine que l'Etat possède vraiment, à titre de propriétaire.

Fessard n'hésite donc pas à trouver dans le code la notion de domanialité publique ; il suit en cela Proudhon qu'il cite d'ailleurs à plusieurs reprises, ce qui prouve que le Traité du domaine lui était familier.

Nous arrêterons là notre étude de la doctrine postérieure à Proudhon. Nous pourrions encore citer de nombreux auteurs qui accueillirent, sans les discuter, les propositions de Proudhon ; comme cela risquerait d'être monotone, nous nous contenterons de signaler qu'à la fin du xix^e siècle l'expression « domaine de l'Etat » ne sera plus employée et qu'elle sera remplacée par celle de « domaine privé ».

Nous trouverons cette nouvelle expression chez Aubry et Rau, Demolombe, Ducrocq et chez tous les auteurs contemporains.

§ 2.

Il n'y eut pas que la doctrine à subir l'influence de Proudhon, la jurisprudence adopta, elle aussi, la distinction du domaine public et du domaine de l'Etat.

Sans doute les décisions de la jurisprudence ne concorderont pas sur tous les points lorsqu'il s'agira de domaine, mais dans leur ensemble elles s'accorderont à employer le nouveau vocabulaire lancé par Proudhon, avec le sens qu'il lui avait donné.

De même que dans le paragraphe précédent, nous avons écarté l'étude des divergences de vue entre auteurs sur les questions domaniales, nous réservant d'en traiter dans la seconde partie de ce travail, de même ici, nous nous bornons à faire ressortir ce que la jurisprudence a emprunté à Proudhon.

Dans la première moitié du xix^e siècle, les décisions de la jurisprudence étaient fidèles à l'esprit des auteurs du code ; elles ne distinguaient pas le domaine de l'Etat du domaine public, et elles employaient indifféremment l'une ou l'autre expression pour désigner le domaine.

Après la parution du traité de Proudhon, la jurisprudence s'habitue assez vite à employer domaine public et domaine de l'Etat avec les sens respectifs que la doctrine se mit à leur reconnaître.

C'est ainsi que dans un arrêt du Conseil d'Etat du 17 décembre 1847, on déclare qu'un canal fait partie du domaine public et qu'il n'est pas susceptible de propriété privée.

« Considérant que l'action intentée devant le tribunal
« civil d'Aix par le Marquis de Gallifet contre les sieurs
« Richaud, Bory et consorts patrons pêcheurs à Martigues,
« a pour objet de les faire condamner à lui payer des dom-
« mages-intérêts pour s'être introduits, sans son autorisa-
« tion dans le canal du roi à Martigues, dont le Marquis de
« Gallifet se dit propriétaire ; que l'administration de la
« marine intervenant dans l'instance a demandé que les
« sieurs Richaud, Bory et consorts fussent mis hors de cause
« et que le tribunal déclarât le canal du roi dépendance du
« domaine public maritime, non susceptible de propriété

« privée et réservé au public pour la navigation et pour la « pêche » (1).

Dans deux autres arrêts du conseil d'Etat, l'un du 19 mai 1858 (2), l'autre du 30 avril 1863 (3), nous trouvons également l'expression « domaine public » employée avec son nouveau sens, puisque les deux arrêts rangent les rivages de la mer dans le domaine public.

Dans un arrêt de Caen du 21 août 1866, il est déclaré que le droit de l'Etat sur le domaine public « est un droit « général en vertu duquel l'Etat peut, à la condition de « respecter la destination de ce domaine, concéder certain- « nes jouissances sur les choses publiques qui en dépen- « dent ». Mais que ce droit « ne saurait aller jusqu'à lui « permettre de se réserver ou de conférer des privilèges ou « des monopoles sur ces choses et de retenir ainsi ou d'attri- « buer à un seul l'exercice du droit qui appartient à « tous » (4). La jurisprudence a donc adopté dès la seconde moitié du XIX^e siècle le nouveau vocabulaire ; malgré tout, on pourrait encore trouver des décisions qui confondent domaine public et domaine de l'Etat à une époque où la doctrine ne commettait plus cette erreur (5).

§ 3.

Il nous reste maintenant à dire un mot de l'influence de Proudhon sur la législation.

(1) Bulletin Chronologique des arrêts du C. E. 1947, page 29.

(2) D. P. 1859.3.51.

(3) D. P. 1863-3-64.

(4) D. P. 1867.2.661.

(5) Voir en ce sens Montpellier 29 juin 1847.

Cass. req., 6 février 1849 (S. 1849.1.351).

Les lois sur le domaine furent assez nombreuses entre la parution du code civil et celle du Traité de Proudhon, mais dans aucune de ces lois, il ne fut question d'une distinction entre le domaine public et le domaine de l'Etat.

Ainsi la loi du 14 floréal an X relative aux ponts, ne dit rien sur leur nature et n'envisage pas de les faire rentrer dans une catégorie spéciale de biens. Il en est de même pour la loi du 5 Floréal an XI. Cette loi relative aux canaux les taxe tous, mais ne dit rien sur leur nature. Il en est encore de même, dans la loi du 28 juillet 1824 sur les chemins vicinaux : aucun renseignement ne nous est donné sur la nature de ces chemins.

Quant à la loi du 7 juillet 1833 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, non seulement elle ne nous apporte aucun argument qui nous prouve qu'on distinguait alors domaine public de domaine de l'Etat, mais encore elle nous montre clairement que le législateur d'alors considérait ces deux expressions comme synonymes. En effet, on peut lire dans cette loi la phrase suivante : « travaux entrepris avec ou sans aliénation du domaine public ».

Jusqu'à Proudhon le législateur semble donc ignorer l'existence d'un domaine public distinct d'un domaine de l'Etat. Il faut noter d'ailleurs, qu'il ne s'empressa pas comme la doctrine, d'adopter la théorie domaniale de Proudhon.

La nouvelle loi de 1841 sur l'expropriation contenait encore la phrase citée dans celle de 1833 et celle de 1845 sur les chemins de fer ne contenait rien qui puisse faire penser que le législateur avait dégagé la notion de domanialité publique.

Ce n'est que dans la loi du 16 juin 1851 (1) sur la constitution de la propriété en Algérie que nous trouvons la division du domaine, en domaine public, et domaine de l'Etat.

Au titre I de cette loi intitulé « du domaine national en Algérie » et à l'article 1, le législateur déclare « le domaine national comprend le domaine public et le domaine de l'Etat ». A l'article 2, il donne l'énumération des biens qui doivent rentrer dans le domaine public.

A l'article 4, celle des biens qui doivent rentrer dans le domaine de l'Etat.

La distinction est donc nettement faite dans la loi de 1851 entre d'une part le domaine public, d'autre part le domaine de l'Etat. Etant arrivé à ce point de la voir établie légalement, nous arrêterons là notre première partie qui était consacrée à la recherche des origines de la notion de « domaine public ».

Au début de notre étude, nous avons dit que la doctrine avait joué un rôle exclusif dans l'élaboration de la théorie de domanialité publique. Nous croyons, après les preuves que nous en avons données, pouvoir l'affirmer à nouveau. Ce n'est donc pas dans le décret de 1790, ni dans les articles 538 à 541 du code civil qu'il faut rechercher les origines de la distinction du domaine public et du domaine privé ; celle-ci est l'œuvre de la doctrine qui déjà sous l'ancien régime avait dégagé la notion de « choses publiques », qui peu après la parution du code civil s'efforça de faire des biens insusceptibles de propriété privée une classe de biens à part dans le domaine, qui enfin avec Proudhon érigea en système le long travail des auteurs à ce sujet.

1) Bulletin des lois 1851. T. 7. 10^e série.

Sans doute Proudhon et ceux qui le suivirent prétendirent s'appuyer sur le code civil pour distinguer domaine public et domaine privé, mais ils se sont lourdement trompés ; la distinction en question ne s'y trouvait pas. Ce sont eux qu'ils l'ont forgée de toutes pièces et pour prouver que les articles 538 à 541 du code civil la contenaient, ils se sont vus obligés d'invoquer de nombreuses erreurs de rédaction.

Les juristes n'ont d'ailleurs pas mis longtemps à s'apercevoir que le système domanial de Proudhon n'avait pas de racines dans les textes ; qu'il était une pure construction de la doctrine. C'est pourquoi, dès le début du xx^e siècle, de nouvelles notions domaniales ont été proposées, notions qui ressemblent par plus d'un point à celles proposées par la Monarchie, sous l'ancien régime.

Mais n'anticipons pas, nous reviendrons sur cette question dans notre seconde partie. Qu'il nous suffise pour l'instant de signaler que la notion de domanialité publique n'a pas été définie par Proudhon une fois pour toutes et qu'elle semble actuellement en pleine évolution.

DEUXIÈME PARTIE

Nous avons l'intention de consacrer la seconde partie de notre travail à l'étude de la distinction du domaine public et du domaine privé, telle qu'elle se présente aujourd'hui. Nous entendons par là rechercher comment actuellement la doctrine et la jurisprudence envisagent cette distinction, ce qu'elles entendent par domanialité publique, ce qu'elles pensent des droits à reconnaître à l'Administration sur le domaine public.

Nous avons signalé d'un mot, dans notre première partie, que si la doctrine immédiatement postérieure à la parution du traité de Proudhon s'était montrée empressée d'adopter la division domaniale formulée par cet auteur, elle était loin de s'être mise d'accord, et sur la consistance du domaine, et sur les droits dont les biens domaniaux pouvaient être l'objet. Nous avons également signalé qu'il en avait été de même pour la jurisprudence.

La doctrine actuelle, la jurisprudence récente sont-elles arrivées à se mettre d'accord sur ces différents points ? Nous verrons, dans les deux titres dont se composera notre seconde partie, qu'il n'en est rien.

Mais avant d'entrer dans le détail de cette étude, il nous semble nécessaire de dire un mot du domaine public départemental et du domaine public communal.

L'Etat, en effet, n'est pas seul à posséder un domaine public et un domaine privé. Le département et la commune possèdent à côté de lui, des biens de même nature.

Le département fut créé par l'Assemblée Nationale de 1789 mais celle-ci ne lui constitua pas de domaine, le département n'ayant pas, à ses yeux, de personnalité distincte de celle de l'Etat. Le code civil passa sous silence le département. C'est seulement en 1838 qu'une loi reconnut au département la personnalité morale en lui accordant un domaine privé, et en 1880 que la loi du 11 juin 1880 sur les chemins de fer d'intérêt local parla nettement d'un domaine public départemental.

En ce qui concerne la commune, elle existait déjà dans l'ancien droit qui lui reconnaissait la propriété de nombreux biens. Naturellement il ne pouvait être question, alors, de faire de distinction entre ces biens. La loi domaniale de 1789 ne traita pas de la commune. Quant au code civil, nous trouvons bien l'article 542 qui traite des « biens communaux », mais rien sur les autres biens de la commune. Il faut arriver à la loi du 24 juillet 1867 pour trouver employer l'expression « domaine public communal ».

Donc, depuis 1838 et 1880 pour le département, depuis 1867 pour la commune, il est admis légalement l'existence d'un domaine public (1).

Depuis les lois précitées, il n'est donc plus question de discuter sur le point de savoir si le département ou la commune ont un domaine public. Mais un autre problème se pose à leur sujet : le domaine public départemental et le

(1) La doctrine et la jurisprudence avaient reconnu avant 1867 l'existence du domaine public communal. (Voir Foucart, La Ferrière. Cass. 13 février 1829 (S. 1829.1.253). Au contraire, il faut attendre 1838 pour que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent un domaine public départemental. La différence de traitement s'explique par ce fait que la commune avait toujours existé, alors que le département était, une création de 1789.

domaine public communal sont-ils distincts du domaine public national ? et par conséquent, y a-t-il trois domaines publics, ou au contraire, faut-il admettre que le domaine public national, le domaine public départemental et le domaine public communal ne sont que les trois parties d'un même tout ; le domaine public général.

La doctrine et la jurisprudence sont partagées sur ce point. Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de la question, sans risquer de sortir du cadre de cette thèse. Qu'il nous suffise de noter que des auteurs comme Ducrocq et M. Berthelemy sont pour l'unité du domaine public, que d'autres, comme Hauriou, n'hésitent pas à diviser le domaine public en trois domaines autonomes. Quant à la jurisprudence, il semble que les tribunaux civils partagent l'opinion des premiers auteurs tandis que le Conseil d'Etat montre, avec quelques nuances, une préférence pour la théorie des seconds.

Nous aurons d'ailleurs incidemment l'occasion de revenir sur cette question au cours de notre seconde partie, et nous allons aborder maintenant l'étude des deux points indiqués plus haut, savoir la position prise par la doctrine et la jurisprudence sur le critérium de la domanialité publique et sur les droits dont peuvent être l'objet les biens domaniaux de la part de l'administration. En outre, cette étude une fois faite, nous donnerons le point de vue de l'Administration des Domaines sur la domanialité publique.

TITRE I

Ce titre sera consacré à l'exposé des théories récentes en matière de domanialité publique.

Il sera divisé en deux chapitres. Dans le premier, nous rechercherons les différents critères proposés par les auteurs, dans le second, nous essaierons de dégager l'opinion de la doctrine sur les droits dont les biens composant le domaine public peuvent être l'objet.

CHAPITRE I

Si le législateur, depuis la loi de 1851 sur la Constitution de la propriété en Algérie a considéré comme acquise la distinction entre le domaine public et le domaine privé, il a omis de donner une définition de ces deux domaines et, c'est pourquoi, la doctrine s'est efforcée de dégager un critérium de la domanialité publique.

Beaucoup de théories ont été et sont encore proposées à ce sujet. Il semble cependant qu'on puisse les canaliser en deux courants.

Pour certains auteurs, en effet, un bien ne peut faire partie du domaine public que si, par sa nature, il est insusceptible de propriété privée. Pour d'autres, doivent être rangés dans le domaine public, les biens qui sont affectés directement soit à un service public, soit à l'usage du public.

SECTION I

Etudions d'abord le critérium proposé par les premiers. Nous nous contenterons, d'ailleurs, d'exposer en détail les arguments donnés en faveur de ce critérium par les plus illustres défenseurs du système en question : nous voulons parler de Ducrocq et de M. Berthelemy. Nous citerons toutefois les auteurs qui se sont ralliés à leur thèse.

1) Dans son cours de droit administratif, Ducrocq déclare qu'il ressort des articles 538 à 541 du code civil

qu'un bien doit réunir trois conditions pour faire partie du domaine public.

« La première condition que doit présenter un immeuble « domanial pour constituer une dépendance du domaine « public est, écrit-il, d'être non susceptible de propriété « privée par sa nature » (1).

La seconde condition réclamée par notre auteur, c'est que le bien non susceptible de propriété privée soit affecté à l'usage du public et non pas seulement à un service public. Il insiste beaucoup sur cette seconde condition, et à l'objection qu'on pourrait lui faire qu'un bien affecté à l'usage du public et un bien affecté à un service public se ressemblent par plus d'un point, il répond :

« Le public, c'est-à-dire l'universalité des individus « qui se trouvent sur le territoire, nationaux ou étrangers, « jouit des uns (immeubles affectés à l'usage du public) « directement et par lui-même. Il y fait lui-même ses pro- « pres affaires, en use librement pour ses plaisirs, ses « devoirs, ses occupations de toute nature. En ce qui con- « cerne quelques-uns des immeubles affectés à un service « public, on peut dire seulement qu'on y fait les affaires « du public français qui ne sont pas de nature à être direc- « tement faites par lui-même. Il en profite mais il n'en « use pas » (2).

Quant à la troisième condition demandée par Ducrocq pour qu'un bien rentre dans le domaine public, c'est que ce bien soit une portion du territoire français.

(1) Cours de Droit Administratif, 7^e édit., T. 4, page 95.

(2) *Op. cit.*, T. 4, pages 113-114.

Comme nous l'avons déjà dit, Ducrocq tire ces trois conditions nécessaires, selon lui, pour créer la domanialité publique, des articles du code civil relatifs au domaine.

En ce qui concerne la première condition, il est parti de ces mots « non susceptibles de propriété privée » contenus dans l'article 538 pour affirmer qu'un bien du domaine public ne peut pas « par sa nature » être susceptible de propriété.

La seconde condition a permis à Ducrocq de refuser la domanialité publique aux bâtiments ou édifices quelconques. Pour dégager cette condition, il s'est appuyé sur l'article 540 du code civil qui en décidant que certains bâtiments font partie du domaine public exclut par là-même tous les autres. Ducrocq est très net à ce sujet. A son avis pour qu'un bâtiment soit rangé dans le domaine public, il est nécessaire qu'une disposition législative le dise.

« Nul bâtiment ou édifice quelconque ne fait partie du « domaine public, ne peut être inaliénable et imprescriptible, à moins qu'il existe une disposition législative « spéciale imprimant ce caractère soit à cet édifice considéré « isolément, soit à toute la catégorie de ceux affectés au « même service public » (1).

Est-ce à dire que Ducrocq ne rangera aucun bâtiment dans le domaine public ? Il y comprendra tout de même ceux qui ne sont que l'accessoire des rues, des places, etc... comme par exemple les monuments, les gares.

Enfin en ce qui concerne la troisième condition, Ducrocq l'a dégagée de l'article 538 du code civil.

Il est évident, lorsqu'on lit les développements de notre auteur sur la domanialité publique, qu'il attache une im-

(1) *Op. cit.*, T. 4, page 122.

portance capitale à la première condition qu'il pose au sujet de cette domanialité. Sans doute, et nous l'avons vu, insiste-t-il sur la seconde condition, mais à son avis elle découle implicitement de la première, car seuls les biens insusceptibles de propriété privée par leur nature sont affectés à l'usage de tous. Pour lui, il est hors de doute que les biens affectés aux services publics étant susceptibles de propriété privée sont, par là-même, exclus du domaine public.

Ayant donné les idées dominantes du système domanial de Ducrocq, il nous reste, d'un mot, à dire quels sont les biens qu'il classe dans le domaine public. Ils sont assez peu nombreux. Ce sont ceux des articles 538 et 540 du code civil auxquels il ajoute les canaux, les ponts, les chemins de fer d'intérêt général. Quant aux ministères, préfectures, mairies, casernes, il les range définitivement dans le domaine privé. Quelques auteurs ont adopté le système de Ducrocq ou, pour être plus exact, ont adopté partie de son système. C'est ainsi que de Recy et Maguero ont retenu qu'un bien devait, pour faire partie du domaine public, être affecté à l'usage direct du public.

De Recy propose, en effet, comme critérium de la domanialité publique, la destination des biens à l'usage de tous. Il reprend là, la seconde condition de Ducrocq, mais il réfute la première. Il ne pense pas, comme celui-ci, que les choses du domaine public ne sont pas susceptibles de propriété par leur nature car, dit-il, « les procès qui s'en-
« gagent constamment à l'occasion d'empiètements com-
« mis sur les rives des fleuves et sur les bords de la mer,
« sur les talus des routes, etc... démontrent le contraire.
« La raison qui soustrait ces parties du territoire au régime

« de la propriété réside dans leur destination qui les fait
« servir à tous et non pas à un seul » (1).

Proposant comme critérium de la domanialité publique la consécration de ce domaine à l'usage direct du public. De Recy refuse de comprendre dans le domaine public les bâtiments administratifs car, à son avis, le public ne profite pas directement de ceux-ci. Il refuse, d'ailleurs, en général la domanialité publique à tous les immeubles affectés à des services publics, car, dit-il, « le public ne profite qu'indirectement de leur existence par le fonctionnement des services qui les occupent » (2).

Mais cela n'empêche pas notre auteur de faire de ces « immeubles affectés » une catégorie spéciale des biens du domaine de l'Etat.

Il exclut évidemment du domaine public les meubles, se fondant sur ce fait que les objets mobiliers ne sont pas « des portions de territoire », comme l'exige l'article 538 du code civil. Les biens qu'il comprend dans le domaine public sont les mêmes que Ducrocq avec, en plus, les églises.

Pour Maguero, dont nous avons dit plus haut qu'il avait fait sienne une partie du système de Ducrocq, sont dépendances du domaine public « les choses qui, soit « par leur nature, soit par la destination que la main des hommes leur a donnée servent à l'usage de tous » (3).

Ce critérium est fort rapproché de celui de Ducrocq. Comme cet auteur, Maguero refuse le caractère de domanialité publique aux bâtiments administratifs, aux musées,

(1) Traité du domaine public, T. 1, p. 190.

(2) *Op. cit.*, T. I, page 325.

(3) Dictionnaire des domaines 1899, V^o, domaine public.

bibliothèques, et en général à tous les biens affectés à un service public. Toutefois, à l'encontre de Ducrocq et même de De Recy, il admet certains objets mobiliers dans la classe des biens du domaine public.

Ducrocq a donc été suivi dans son système domanial. Actuellement encore M. Berthelemy a édifié un système qui ressemble par plus d'un point à celui de Ducrocq.

2) En effet, pour M. Berthelemy, comme pour Ducrocq, certains biens sont, de par leur nature « insusceptibles de propriété privée » et affectés à l'usage de tous. Mais, tandis que Ducrocq se fondait sur les articles du code civil pour établir sa théorie domaniale, M. Berthelemy écarte ces textes. Voici, en substance, la théorie de M. Berthelemy.

Les biens du domaine public sont insusceptibles de propriété privée, par leur nature, parce qu'il ne viendrait à l'idée de personne de les acheter.

« On ne comprendrait guère qu'on étendit aux routes, « aux fleuves, aux rivages, les règles ordinaires de la propriété et les services fonciers. On n'est pas surpris d'entendre dire que de telles choses sont inaliénables et imprescriptibles ; personne n'aurait supposé qu'on put avoir l'idée d'acheter une portion de la place publique, d'un port ou d'un fleuve » (1).

Donc pour M. Berthelemy, les biens qui font partie du domaine public doivent être tellement différents des autres biens, qu'on ne pourra s'étonner qu'ils jouissent d'un régime juridique particulier.

L'ancien doyen de la Faculté de Droit de Paris ajoute, d'ailleurs, que les biens du domaine public sont insusceptibles de propriété privée, par leur nature, de deux manières

(1) Traité de droit administratif, 12^e édit., p. 481.

res : « soit par leur nature extrinsèque (comme les fleuves),
« soit par une destination dont le caractère est de les déna-
« turer (comme les routes) » (1).

M. Berthelemy, comme Ducrocq, ne rangera pas dans le domaine public les biens affectés seulement à un service public, à moins qu'ils ne soient déclarés dépendances du domaine public par un texte législatif. Il y rangera seulement les biens affectés directement à l'usage du public et en exclura évidemment les meubles.

La théorie domaniale de M. Berthelemy réduit singulièrement la liste des biens du domaine public. Celle-ci ne comportera guère que les biens des articles 538 et 540 du code civil ainsi que les canaux, les chemins de fer, les ponts. Quant aux églises, notre auteur ne les fait pas rentrer dans le domaine public.

Ducrocq et M. Berthelemy ont tiré leur critérium de la domanialité publique, de la nature des biens. D'autres auteurs que nous allons étudier maintenant, dans la Section II ont proposé des critères tirés du degré d'affectation des biens. Nous voulons parler de Duguit, M. Jèze, Hauriou.

SECTION II

1) *Duguit.*

Le système domanial proposé par Duguit est fortement influencé par la tendance qu'il a de considérer les services publics comme débordant tout le droit administratif.

Dans son traité de droit Constitutionnel, après avoir rappelé que la distinction entre le domaine public et le

(1) *Op. cit.*, page 475.

domaine privé est née au milieu du XIX^e siècle, sous l'influence de Proudhon, Duguit signale que la cause essentielle de la formation de cette distinction est « la place de plus en plus grande qu'occupe chaque jour la notion de service public » (1) et que, par suite, ce n'est qu'en se plaçant à ce point de vue « qu'on peut édifier une théorie solide du domaine public » (2).

Nous ne sommes pas surpris, après cette affirmation, de voir Duguit proposer comme critérium de la domanialité publique « l'affectation à un service public en distinguant entre l'affectation de la chose à un service public, tantôt comme objet du service public, tantôt comme « moyen pour le service public » (3).

La notion de domanialité publique est donc beaucoup plus large dans l'esprit de Duguit, que pour les auteurs que nous avons étudiés dans notre première section.

Ayant proposé son critérium, Duguit continue ses développements et déplore qu'on n'ait pu encore aboutir à faire une construction satisfaisante de la domanialité publique.

Pour lui, ce qui explique cet échec, c'est que, jusqu'à ce jour, on a voulu faire rentrer, bon gré, mal gré, tous les biens domaniaux dans deux catégories étanches. Or d'après lui, cette distinction entre le domaine public et le domaine privé ne devrait pas exister. Sans doute la conservera-t-il comme pis aller, « pour éviter de nouvelles confusions » et parce qu'elle est unanimement admise, mais il trouverait plus juste de dire « qu'il n'y a pas de

(1) *Traité de Droit Const.*, Tome 3, page 348, 3^e édit.

(2) *Op. cit.*, Tome 3, page 348.

(3) *Op. cit.*, Tome 3, page 353.

« domaine privé, mais seulement pour certaines dépendan-
« ces appartenant à l'Etat une domanialité réduite à
« l'extrême » (1).

Ceci posé, Duguit explique qu'il maintient l'expression domaine privé pour désigner les biens qui, tout en appartenant à l'Etat, sont soumis à un régime juridique analogue à celui de la propriété privée, et domaine public pour désigner les biens qui sont soumis à un régime juridique particulier. Mais ce régime juridique particulier ne peut pas être le même pour tous les biens du domaine et c'est pourquoi Duguit propose une « échelle de la domanialité » qui consistera à classer les biens suivant une gradation domaniale.

Il en arrive ainsi à distinguer dans le domaine public six catégories de biens, chaque catégorie étant soumise à un régime juridique particulier.

Voici les six catégories de biens énumérés par Duguit (2) :

1° Choses affectées au libre usage du public (usage qu'un service public est chargé d'assurer). Cette catégorie sera celle de la domanialité publique par excellence puisque les biens qui en font partie (rivages de la mer, rivières navigables et flottables, canaux et routes nationales) ne sont pas les moyens, les instruments d'un service public, mais l'objet direct de ce service public.

2° Chemins de fer (instruments de service public).

3° Forts, forteresses, murs, fossés (instruments de service public).

(1) *Op. cit.*, Tome 3, page 349.

(2) *Op. cit.*, Tome 3, pages 356 et suiv.

4° Forêts de l'Etat (Duguit signale, en passant, qu'on ne les range pas d'habitude, à tort, dans le domaine public).

5° Immeubles affectés à un service public.

6° Objets mobiliers classés.

Duguit, nous le voyons, comprend donc dans le domaine public un grand nombre de biens. Nous allons voir à l'inverse que le système domanial proposé par M. Jèze réduit sensiblement l'importance des dépendances du domaine public.

2) M. Jèze propose un critérium domanial qui, tout en paraissant se rapprocher de celui de Duguit, s'en écarte dans ses applications.

Comme Duguit, M. Jèze estime que l'idée essentielle à laquelle il faut s'attacher lorsqu'on traite de la domanialité publique, c'est « l'idée du service public, d'utilité publique » (1) ; ce qui l'amène à retenir pour son critérium l'affectation à un service public. Mais, à l'encontre de Duguit, il ne lui suffit pas qu'un bien soit directement affecté à un service public pour faire partie du domaine public, il exige, en outre, qu'il soit affecté à un service public essentiel et que dans ce service public essentiel, il joue le rôle prépondérant. En conséquence, dit-il, « les casernes, les écoles, palais de justice, quoique directement affectés à un service public ne font pas partie du domaine public, parce que l'édifice ne joue pas, dans le service public, le rôle essentiel. Ce sont les soldats, les professeurs, les juges qui jouent le rôle principal. En conséquence, encore, les meubles affectés à un service public, ne font pas partie du domaine public, parce

(1) R. D. P., 1911, page 309.

« que la disparition de tel fusil, de tel canon, de tel cheval, de tel livre, de tel objet d'art, ne compromet pas le « fonctionnement du service public » (1).

Ainsi, M. Jèze écarte beaucoup de biens du domaine public. Cela lui paraît nécessaire, car le régime juridique de la domanialité publique étant un régime d'exception, il convient de ne l'appliquer que là où il peut se justifier. Dans son traité « *Eléments de Droit Public et administratif* » il résume ainsi les conditions que, selon lui, un bien doit remplir pour être classé dans le domaine public :

« En définitive, font partie du domaine public uniquement les immeubles, et, parmi les immeubles, ceux-là seuls qui réunissent les quatre conditions suivantes : « 1° appartenant à l'Administration ; 2° Directement affectés à un service public ; 3° Affectés à un service public essentiel ; 4° Jouant dans le rôle du service public, le rôle prépondérant » (2).

A l'encontre de Duguit, M. Jèze exclut donc tous les meubles du domaine public et ne comprend, en définitive, dans ce domaine pas plus de biens que M. Berthelemy ; mais il part d'une base différente de ce dernier puisqu'il rejette le critérium tiré de la nature du bien et réfute ainsi les arguments donnés par M. Berthelemy en faveur de sa thèse :

« Il n'y a pas de choses dont on puisse dire, comme M. le Doyen Berthelemy, que personne n'aurait l'idée de les acheter. On peut toujours avoir l'idée de les acheter, la preuve en est qu'en Angleterre, on les achète » (3).

(1) B. D. P., 1911, page 310.

(2) *Eléments de Droit Public et Administratif*, p. 170.

(3) B. D. P., 1931, page 763.

Sans doute adopte-t-il le critérium de l'affectation à un service public, mais avec de telles restrictions qu'il en arrive au même résultat que M. Berthelemy, à savoir la limitation extrême des dépendances du domaine public.

Notons enfin, que notre auteur ne comprend pas les églises dans le domaine public depuis la loi de 1905, alors qu'il semble bien résulter de la loi du 20 février 1932 (1) que celles-ci en font toujours partie.

Certains juristes ont adopté le système domanial de M. Jèze. Citons, par exemple, M. Waline, qui, dans sa thèse sur les Mutations domaniales (pages 45 et suivantes) propose un critérium de la domanialité publique qui, tout en étant un peu plus large que celui de M. Jèze, s'en rapproche cependant beaucoup.

Pour qu'un bien fasse partie du domaine public, M. Waline exige que le bien en question soit affecté à un service public, ou à la satisfaction d'un besoin public, ce qui lui permet de faire rentrer les églises dans le domaine public. Il demande, en outre, que le bien affecté soit indispensable au fonctionnement du service public ou à la satisfaction d'un besoin public. M. Waline apporte des aménagements au système de M. Jèze, ce qui lui permet d'allonger la liste des dépendances domaniales. Néanmoins, il ne fait pas rentrer dans le domaine public autant de biens d'Hauriou dont nous allons maintenant exposer le système.

3) Le critérium de la domanialité publique proposé par Hauriou est encore plus large que celui de Duguit puisque, pour lui, fait partie du domaine public, tout bien affecté à l'utilité publique.

(1) D. P. 1932.4.136.

« Sont dépendances du domaine public, toutes les choses qui, étant propriétés administratives ont été l'objet « d'une affectation formelle à l'utilité publique » (1).

Ce critérium donné, Hauriou poursuit ses développements et déclare que les biens du domaine public sont des biens comme les autres, mais que ce qui les différencie des autres c'est uniquement leur affectation à l'utilité publique. Voilà qui prend le contrepied de la thèse chère à M. Berthelemy qui voit dans les biens du domaine public des biens d'une nature spéciale.

Pour Hauriou, il n'en est pas ainsi ; c'est seulement l'affectation qui crée la domanialité publique et la désaffectation qui la fait cesser, et, notons-le bien, l'affectation à l'utilité publique. Partant de cette idée, voici les biens qu'il classe dans le domaine public : d'abord ceux des articles 538 et 540 du code civil, puis les canaux, les chemins de fer, les bâtiments affectés à un service public, à condition qu'ils soient la propriété de l'Administration et qu'ils aient été vraiment affectés à un service public par une décision administrative, les terrains non bâtis affectés à un service public (champs de manœuvres militaires, champs de tir), les bâtiments affectés à l'usage du public (églises, temples) et, enfin les objets mobiliers qui ont reçu une destination d'utilité publique évidente (collections de musées, manuscrits, livres de bibliothèques publiques).

Certains auteurs se sont ralliés à la théorie domaniale d'Hauriou ; nous citerons entre autres, Aubry et Rau (Droit Civil, 5^e édition, T. II, page 45 et suivantes).

La brève étude que nous venons de faire des différents critères proposés par la doctrine, au sujet de la domanialité

(1) Précis de droit administratif et de droit public, p. 669.

publique, nous montre que celle-ci est loin d'être unanime sur la répartition des biens entre le domaine public et le domaine privé.

Certains auteurs, comme Ducrocq, M. Berthelemy et M. Jèze répugnent à comprendre de nombreuses dépendances dans le domaine public, ce sont ceux qui, nous le verrons dans le chapitre suivant, accordent très peu de droits à l'Etat sur ce domaine.

D'autres, au contraire, n'hésitent pas à élargir la notion de domaine public, ce sont ceux qui, comme Duguit et surtout Hauriou, reconnaissent que l'Etat possède sur ce domaine des droits étendus.

Quoiqu'il en soit, il nous faut comprendre que la consistance du domaine ne peut être immuable, qu'elle varie avec le temps et avec les besoins.

Il est bien évident qu'avec le développement de plus en plus considérable des services publics, s'accroît nécessairement le domaine public. Proudhon ne pouvait pas, et pour cause, ranger les chemins de fer dans le domaine public. Avec les besoins, la consistance du domaine public change également. C'est ainsi que dans les colonies, les cours d'eau non navigables sont rangés dans le domaine public, alors qu'en France, ils ne le sont pas.

Ne soyons donc pas trop étonné que les auteurs n'aient pu arriver à se mettre d'accord sur la consistance du domaine public, sur une théorie générale de la domanialité publique. Il se pourrait d'ailleurs que la notion de domanialité publique, après avoir eu tant de mal à s'élaborer, soit remplacée par une autre. C'est ce que propose M. Capi-

tant, dans une note qu'il a fait paraître sous un arrêt du Conseil d'Etat (1), note sur laquelle nous reviendrons dans la conclusion de ce travail.

(1) C. E. 17 février 1932. D. P. 1933.3.49.

CHAPITRE II

Abordons maintenant l'étude des droits reconnus par la doctrine à l'Administration sur son domaine public.

Sur le domaine privé, pas de difficulté. La doctrine unanimement lui reconnaît un droit de propriétaire. Mais sur le domaine public, les avis sont partagés. Certains juristes prétendent que l'Administration n'est que la gardienne du domaine public ; d'autres, au contraire, jugent qu'elle jouit d'un droit de propriété administrative sur ce même domaine. C'est ce que nous allons essayer de montrer en deux sections.

SECTION I

Aussitôt après la parution de l'ouvrage de Proudhon, presque tous les auteurs refusèrent à l'Etat un droit de propriété sur son domaine public. L'Etat, en effet, ne pouvant pas aliéner celui-ci, il leur paraissait évident qu'il n'en était pas propriétaire. Nous retrouverons cette conception chez Gaudry, de Recy, Ducrocq, Maguero, chez MM. Berthelemy et Jèze. Si tous ces auteurs sont d'accord pour refuser à l'Etat la propriété du domaine public, certains d'entre eux sont embarrassés lorsqu'il s'agit de définir les droits de l'Etat sur ce domaine.

Gaudry déclare que l'Etat a la détention du domaine public au nom de tous, qu'il le possède « à titre de haute protection à la condition d'en faire jouir tous ceux qui habitent le territoire » (1).

(1) Traité du domaine, T. I, page 69.

De Recy attribue à l'Etat un droit de souveraineté sur le domaine public. Il écarte bien vite le droit de propriété qui ne peut s'appliquer au domaine public, puisque le caractère de la propriété, c'est d'être exclusive alors que le domaine public est destiné à l'usage de tous. Sans doute il convient « qu'on désigne quelquefois le domaine sous « le nom de propriété publique » (1), mais il s'agit là d'une appellation commode d'où il ne faut tirer aucune conséquence de droit. Il reste bien entendu que la propriété publique n'est pas une propriété véritable mais « un pouvoir de souveraineté ». Pour préciser ce qu'il avance, de Recy cite le texte du code civil d'après lequel le domaine public n'est pas susceptible de propriété privée et il conclut en ces termes : « Dire que la propriété privée n'est point compatible avec la domanialité publique, c'est dire aussi énergiquement que possible que l'Etat n'est point propriétaire de ce domaine » (2).

Ce droit de souveraineté que de Recy reconnaît à l'Etat sur son domaine public est, d'ailleurs, assez étendu et il n'hésite pas à affirmer qu'à certains égards « il est plus absolu que ne le serait la propriété elle-même » (3).

Quant à Maguero, il n'accorde, lui aussi à l'Etat qu'un droit de souveraineté sur le domaine public. Mais pour expliquer en quoi consiste ce droit il le compare au droit de propriété. Comme de Recy, il déclare que « pour être « différent du droit de propriété privée, il n'en crée pas « moins au profit de l'Etat le rapport de propriété » (4).

(1) Traité du domaine, T. I, N° 184.

(2) *Op. cit.*, T. I, page 417.

(3) *Op. cit.*, T. I, page 418.

(4) Dictionnaire des domaines, 1^{re} édit., V^o, Domaine public, N° 117.

En somme, ce qui embarrasse de Recy et Maguero, c'est qu'ils ne connaissent qu'une sorte de propriété, celle de l'article 544 du code civil, la propriété quiritaire romaine. Ils ne peuvent admettre qu'il y ait d'autres sortes de propriété que la propriété civile et, de ce fait, ne savent comment qualifier les droits de l'Etat sur le domaine public. De Recy résume d'ailleurs fort bien son point de vue, qui est le même que celui de Maguero, lorsqu'il écrit : « les « défenseurs de la propriété du domaine public sont obligés « de convenir que leur propriété n'est point une propriété « privée. Cette concession ruine la thèse » (1).

Voyons maintenant ce que pense Ducrocq à ce sujet.

Pour lui, cela ne fait aucun doute, l'Etat ne peut-être en aucune façon propriétaire du domaine public, puisque les biens de ce domaine ne sont pas susceptibles de propriété privée et qu'un bien revêtu de ce caractère n'est susceptible d'aucune appropriation, pas même de la part de l'Etat. Voici ce qu'il dit, à ce propos :

« L'idée de domanialité publique est radicalement « exclusive du droit de propriété, puisque le droit de pro-
« priété est, d'après l'article 544 du code civil, le droit de
« jouir et de disposer des choses de la manière la plus
« absolue ; il est manifeste que le domaine public échappe
« à cette définition. C'est le public qui en fait usage et en
« jouit et l'Etat n'a pas le droit d'en disposer » (2).

Et Ducrocq conclut que n'ayant ni l'usus ni le fructus, ni l'abusus du domaine public, l'Etat n'en a que la garde et la surintendance « avec mission de le conserver aux générations futures ».

(1) Traité du domaine public, T. I, page 420.

(2) Cours de Droit Administratif, 7^e édi., T. 4, p. 87.

M. Berthelemy reprend, à peu de chose près, les idées de Ducrocq en cette matière. Considérant que les choses qui font partie du domaine public sont insusceptibles de propriété privée en raison de leur nature, M. Berthelemy ne reconnaît pas l'Etat comme propriétaire du domaine public, mais seulement comme le gardien de ce domaine. Pour le démontrer, M. Berthelemy reprend les arguments de Ducrocq. Pour qu'il y ait propriété, il faut qu'il y ait réunion dans la même main de l'usus, du fructus et de l'abusus. Or lorsqu'il s'agit du domaine public, l'usus appartient à tous ; l'Administration n'a pas l'abusus, elle a seulement le fructus et encore à titre exceptionnel. (Notons que Ducrocq ne reconnaissait même pas le fructus à l'Etat). Il ressort donc de ce raisonnement que, pour notre auteur, l'Administration n'est nullement propriétaire du domaine public.

En somme, Ducrocq et M. Berthelemy ne reconnaissent qu'une sorte de propriété, celle de l'article 544 du code civil. Ajoutons que M. Berthelemy déclare que la division du domaine en domaine national, domaine départemental et domaine communal n'est faite que dans le but de faciliter les services administratifs, mais qu'il n'existe qu'un seul domaine public et non pas trois (1).

Et nous en arrivons maintenant à M. Jèze qui, lui aussi, refuse de faire de l'Etat le propriétaire du domaine public. Cela nous surprend, au premier abord, de la part d'un auteur qui a choisi comme critérium de la domania-lité publique, l'affectation à un service public ; mais nous avons noté, dans notre précédent chapitre que M. Jèze, tout en parlant d'un point de vue opposé à celui de M. Berthe-

(1) Voir sur cette question, Waline : Les mutations domaniales.

lemy; en arrivait, cependant, comme lui à comprendre très peu de biens dans le domaine public. Or, tous les auteurs qui limitent le plus possible le domaine public; limitent aussi les droits de l'Etat sur ce domaine, à l'opposé de ceux qui, étendant considérablement la notion de domanialité publique, étendent également les droits de l'Etat en cette matière.

Ceci posé, M. Jèze décide donc que les choses du domaine public n'appartiennent à personne pas même à l'Etat, que « certains agents publics » veillent à leur conservation et au maintien de leur affectation publique (1).

A l'opposé des précédents auteurs, d'autres ne sont pas loin d'admettre que l'Etat a, sur son domaine public, une sorte de propriété administrative. Mais avant de parler de ceux-ci, nous voudrions dire un mot du système proposé par Duguit à ce sujet.

Le système de Duguit est, en effet, intermédiaire entre le système de ceux qui refusent à l'Etat tout droit de propriété sur le domaine public et ceux qui, au contraire, lui en accordent la propriété administrative. Duguit ne dit pas que l'Etat est propriétaire du domaine public, mais il ne dit pas davantage qu'il n'en est que le gardien. Il remplace l'idée de propriété par celle de patrimoine affecté.

L'administration n'a pas, selon lui, la propriété de son domaine, elle a seulement la charge, par l'intermédiaire de ses fonctionnaires, de protéger ce domaine, de veiller à ce que son affectation soit bien respectée. L'ensemble du domaine public forme donc, pour Duguit, un patrimoine affecté, mais tous les biens composant ce domaine ne doivent pas jouir du même régime juridique. Il est donc néces-

(1) R. D. P. 1910, page 697.

saire, d'après notre auteur, d'établir des distinctions entre les biens du domaine public. Ces distinctions, dit-il, « il faut les établir, à raison du mode d'affectation, à raison de la structure même des diverses dépendances, à raison de la nature du service auquel elles sont affectées et du rôle qu'elles jouent pour le fonctionnement de ce service » (1). L'établissement de ces distinctions amène tout naturellement Duguit, comme nous l'avons vu plus haut, à proposer une division du domaine public en six classes auxquelles doivent correspondre des régimes juridiques différents se rapprochant, plus ou moins, selon les cas du régime de la propriété. Ce qu'il faut retenir de la théorie domaniale de Duguit, c'est que, selon lui, l'Etat ne peut jouir de son patrimoine public (il appelle ainsi le domaine public), qu'en respectant son affectation. C'est ce que notre auteur exprime en disant que la personnalité domaniale de l'Etat n'est pas « autre chose qu'une affectation de richesses aux buts étatiques », affectation sur laquelle doivent veiller les agents publics pour écarter et réprimer toute atteinte qui y serait portée (2).

SECTION II

Avec Hauriou, nous en arrivons aux auteurs qui, tout en admettant que l'Administration ne peut avoir sur le domaine public un droit de propriété semblable à celui de l'article 544 du code civil, lui reconnaissent un droit qu'ils qualifient de « propriété administrative ».

(1) Droit Constitutionnel, Tome 3, pages 349 et 350.

(2) *Op. cit.*, T. 3, page 315.

Dans le critérium qu'il donne de la domanialité publique, Hauriou emploie déjà l'expression en question puisqu'il affirme :

« Sont dépendances du domaine public, toutes les choses qui étant propriétés administratives ont été l'objet d'une affectation formelle à l'utilité publique ».

Mais qu'entend-il exactement par « propriété administrative » ? Selon lui, c'est une propriété dont l'Etat, le département ou la commune n'ont pas l'usus, puisque celui-ci doit appartenir à tous, ni l'abusus, puisque le domaine public ne peut être aliéné, mais qui comprend le fructus dans la mesure où il est compatible avec l'affectation.

Ce fait que l'administration n'a ni l'usus, ni l'abusus du domaine public, ne l'empêche pas, prétend notre auteur, d'avoir un droit de propriété sur ce domaine.

Sans doute, ajoute-t-il, il ne s'agit pas du droit de propriété de l'article 544 du code civil, que l'article 538 du même code déclare incompatible avec le domaine public, il s'agit seulement d'un droit de propriété administrative dont il donne la définition suivante :

« C'est une propriété qui doit être rattachée à la puissance publique et qui est caractérisée dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose, qui notamment impose à l'administration l'obligation morale de conserver la chose en dépôt et à la disposition du public, par conséquent lui impose le devoir de ne la désaffecter que par des considérations supérieures d'utilité publique » (1).

(1) Précis de droit administratif, page 695.

Ce droit de propriété administrative qu'il reconnaît à l'administration sur le domaine public, amène notre auteur à lui faire produire des effets.

Puisqu'il y a propriété administrative, rien, selon Hauriou, n'empêche l'Etat de concéder « des droits réels administratifs » sur le domaine public. Ces droits réels pourront être accordés, par exemple, aux concessionnaires, aux permissionnaires du domaine public, à condition toutefois, d'être compatibles avec l'affectation de ce domaine.

Hauriou s'empresse d'ajouter que ces droits réels ne sont pas des droits réels civils, perpétuels et irrévocables, qu'ils sont, eux, temporaires et toujours révocables, par conséquent précaires. Comme la propriété dont ils tirent leur existence est administrative et non pas civile, de même ils sont administratifs.

Etant précaires, ces droits sont compatibles avec l'affectation de la chose domaniale puisque explique notre auteur : « la précarité est justement une réserve destinée à garantir « cette affectation, devant être mise en jeu lorsque le bien « du service l'exigera » (1).

Etant précaires, ils peuvent exister en dépit de la règle de l'inaliénabilité du domaine public, puisque cette règle ne prohibe que les aliénations au sens civil du mot. Or il ne peut être question, dans le cas où l'Etat accorde un droit réel administratif, d'aliénation complète puisque ce droit est toujours révocable de sa part.

Cette théorie des droits réels administratifs a été reprise et développée longuement par M. Rigaud dans sa thèse sur « Les droits réels administratifs », puis par M. Mestre et M. Alibert.

(1) *Op. cit.*, page 653.

M. Mestre dans une note sous arrêt de cassation (req. 8 novembre 1909, rapporté au Sirey 1912.1.521 canaux concédés) reprend la théorie d'Hauriou.

Comme lui, il pense que l'inaliénabilité du domaine public n'est pas incompatible avec la constitution de droits réels administratifs sur ce domaine. En effet, dit-il, « la « règle de l'inaliénabilité n'a d'autre but que d'assurer « l'affectation normale du domaine à sa destination et d'em- « pêcher les particuliers dans leur intérêt privé d'acquérir « des droits capables de contrarier cette destination ».

Pour lui le droit de jouissance du concessionnaire (c'est le droit du concessionnaire que notre auteur étudie particulièrement dans la note citée, car l'arrêt du 8 novembre 1909 est relatif aux canaux concédés) est un droit réel qui permet à celui-ci de céder ou d'affermier son droit moyennant autorisation de l'administration d'accorder des servitudes et droits réels sur sa concession à condition qu'ils soient compatibles avec la destination de la concession.

M. Mestre reconnaît que de nombreux auteurs n'admettent pas la constitution de droits réels sur le domaine public ; c'est à son avis parce qu'ils se placent uniquement au point de vue civil. Sans doute de ce point de vue, explique-t-il, il est malaisé, pour ne pas dire impossible, d'admettre qu'un même bien puisse être la propriété d'un particulier tout en faisant partie du domaine public ; mais du point de vue administratif, il n'en est pas de même et ce qui était impossible, devient possible et par là-même la reconnaissance de droits réels au riverain, au concessionnaire, au permissionnaire du domaine public.

Ainsi pour M. Mestre, le concessionnaire a sur sa concession un droit réel de jouissance, le permissionnaire un

droit réel d'occupation sur sa permission et sur ces droits se juxtapose le droit de l'administration.

Quant au droit du riverain sur la voie publique, il le qualifie de servitude administrative (Note sous arrêt 26 novembre 1908 Toulouse. S. 1911.2.209).

Voici ce qu'il écrit à ce sujet dans la note précitée :

« Sans doute ces servitudes à raison de la qualité toute particulière du fonds sur lequel elles portent ne sont pas absolument assimilables à celles du droit civil ; sans doute le droit de l'administration de modifier et de supprimer la voie publique reste entier et par conséquent certaines dispositions du code civil leur sont inapplicables ; mais tant que la voie publique subsiste dans son état normal, les droits des riverains se comportent comme des servitudes ordinaires. Quand elle est modifiée ou supprimée le droit de servitude est altéré dans son exercice ou se résout en indemnité. Les aiseances de voirie apparaissent donc comme des servitudes résolubles sous certaines conditions. Mais de ce qu'un droit est résoluble, on ne doit pas conclure qu'il n'existe pas ».

Cette théorie des droits réels administratifs a reçu également l'adhésion de M. Alibert.

Dans une note sous arrêts du Conseil d'Etat du 7 décembre 1928 et 19 juillet 1929 (S. 1930.3.1) M. Alibert fait une analyse détaillée des droits des riverains, des permissionnaires, des concessionnaires (1). Comme il reprend sen-

(1) M. Alibert avait déjà eu l'occasion de traiter de ces droits dans son ouvrage « le contrôle juridictionnel de l'Administration ». Nous y avons relevé quelques lignes sur les permissions de voirie (pages 323 et suivantes) : « Le domaine public étant inaliénable et imprescriptible, des permissions de voirie sont toujours accordées à titre précaire et révocable. Malgré cette précarité, les titulaires de telles autorisations ont

siblement les mêmes arguments que M. Mestre pour expliquer l'existence de ces droits, nous ne nous arrêterons pas sur l'étude de cette note.

En terminant ce chapitre et aussi le premier titre de la seconde partie de notre travail, il nous semble nécessaire de faire le point. Nous ne croyons pas trop nous avancer en disant que la doctrine a tendance de plus en plus à considérer le domaine public comme une propriété de l'Administration.

Pendant des siècles, nous l'avons vu, elle a essayé de dégager la notion de choses publiques insusceptibles de toute propriété par leur nature, et depuis la fin du xix^e siècle, elle essaie peu à peu, au contraire, de gagner du terrain en sens inverse, et en arrive à décider que les biens qui composent le domaine public sont des biens semblables aux autres, que si ces biens sont soumis à un régime juridique spécial, c'est uniquement parce qu'ils sont affectés à un service public, à l'usage du public, ou à l'utilité publique. De là à admettre que, pourvu qu'il en respecte l'affectation, l'Etat a un droit de propriété administrative sur les biens domaniaux, il n'y a qu'un pas, et beaucoup d'auteurs, et non des moindres, l'ont franchi.

M. Waline nous semble encore avoir été plus loin que ces derniers puisqu'il démontre (Les Mutations domaniales, p. 90 et suivantes) que non seulement l'Etat a le fructus, mais encore l'usus et l'abusus du domaine public et que, par conséquent, il en est propriétaire. Mais est-ce vraiment la propriété de l'article 544 du code civil que M. Waline

« un droit acquis à leur maintien. Il faut entendre par là que le retrait
« des permissions n'est légalement possible que pour des motifs con-
« formes au droit ».

accorde à l'Etat sur le domaine public ? On pourrait le croire, lorsqu'il donne des explications sur l'usus, le fructus, l'abusus de l'Etat sur ce domaine. Toutefois, nous ne le pensons pas, car un peu plus loin, au cours de son ouvrage, il reconnaît qu'il existe des différences entre les droits de l'Etat sur le domaine public et ceux d'un particulier sur sa propriété privée (1), et qu'enfin il conclut que ce qui caractérise le régime juridique du domaine public « c'est la notion de propriété collective » (2). Qu'entend exactement M. Waline par propriété collective, il ne le dit pas nettement. Mais il ressort de tout cela que la doctrine ne répugne plus actuellement, à accoler les mots domaine public et propriété.

Notons encore que cette partie de la doctrine qui étend considérablement les droits de l'administration sur le domaine public, se déclare partisans d'une division de ce domaine en trois : domaine public national, domaine public départemental, domaine public communal, sur lesquels l'Etat, le Département et la Commune exercent respectivement et d'une manière autonome leurs droits de propriété.

A l'opposé de l'ancienne théorie domaniale qui se prononçait en faveur de l'unité du domaine public, la nouvelle doctrine se prononce en faveur de sa pluralité.

(1) Les mutations domaniales, p. 134 et suiv.

(2) *Op. cit.*, p. 195.

TITRE II

Il nous faut étudier ici les positions prises par la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative en matière domaniale et plus spécialement sur ces deux points : critérium à adopter en matière de domanialité publique, droits à reconnaître à l'Administration sur le domaine public. Ces deux points feront l'objet de deux chapitres.

CHAPITRE I

SECTION I

JURISPRUDENCE CIVILE

La jurisprudence civile paraît, dans l'ensemble, avoir adopté comme critère de la domanialité publique, une des conditions demandées par Ducrocq pour frapper un bien de cette domanialité ; savoir : l'affectation à l'usage du public.

Nous trouvons, en effet, nombre de décisions exigeant d'un bien domanial son affectation à l'usage du public.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 octobre 1900 (D. P. 1903.1.117) décide qu'une impasse fait partie du domaine public de la commune « parce que « cette impasse a toujours été en communication directe « avec un chemin public, qu'elle n'a jamais cessé d'être « livrée à l'usage du public ».

C'est ainsi encore qu'un arrêt de la chambre civile du 3 février 1904 (D. P. 1904.1.528) déclare qu'un terrain qui borde une rue est présumé faire partie du domaine public, quand il est affecté, comme cette rue à l'usage du public.

C'est ainsi enfin, que récemment un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 13 mai 1933 (D. P. 1934.2.201) a repris ce même critérium de l'affectation à l'usage du public, voici en quels termes :

« Considérant qu'une église, propriété d'une collectivité publique, bien public affecté directement à l'usage du public pour la célébration du culte et ouvert sans distinction à tous les habitants qui veulent y pénétrer, présente les caractères d'une dépendance du domaine public et non du domaine de la Commune... ».

A un autre endroit du même arrêt, il est mentionné que l'affectation à l'usage direct du public suffit à justifier la domanialité publique.

M. Waline, dans la note qu'il a fait paraître sous cet arrêt, critique le critérium adopté par la Cour de Paris qui est, à son avis, trop étroit puisque certains biens ne sont pas affectés à l'usage direct du public, et qu'ils font tout de même partie du domaine public, comme par exemple les ouvrages fortifiés.

Il admet toutefois, qu'il n'est pas plus mauvais qu'un autre si on prend soin de signaler que la condition d'affectation à l'usage direct du public suffit à motiver la domanialité publique « sans préjudice d'autres cas possibles de domanialité publique ».

Quels sont les biens domaniaux d'après la jurisprudence civile ? Ils sont assez peu nombreux et cela n'est pas pour nous étonner, car le critérium qu'elle semble adopter ne lui permet pas d'étendre considérablement la liste des dépendances domaniales. En principe, elle s'en tient à la liste de M. Berthelemy et ne se montre pas favorable à la domanialité publique des bâtiments. (Chambre des req. 18 mai 1875. S.1875.1.327). Toutefois, elle a été amenée à comprendre certains bâtiments et même des objets mobiliers dans le domaine public.

C'est ainsi que dans l'arrêt du 13 mai 1933 déjà cité, elle a déclaré très nettement que les Eglises, étant affectées

à l'usage direct du public, devaient être rangées dans le domaine public.

C'est ainsi également que les arrêts de la Cour de Lyon du 10 juillet 1894 (S. 1895.2.185) et de la chambre des Requêtes du 17 juin 1896 (S. 1896.1.408) ont reconnu la domanialité publique des musées et bibliothèques.

S'il est possible, lorsqu'on adopte comme critère de la domanialité publique l'affectation à l'usage du public, de ranger les musées et bibliothèques dans le domaine public, il paraît bien difficile, pour ne pas dire impossible, d'y ranger des objets mobiliers. C'est pourtant ce qu'a fait, à maintes reprises, la jurisprudence civile.

Avant de citer plusieurs décisions, en ce sens, nous rappelons que la loi du 30 mars 1887 avait décidé l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des objets classés appartenant à l'Etat. Cette loi n'avait rien dit au sujet des objets mobiliers non classés de l'Etat, ni de ceux des départements et des communes classés ou non. Plusieurs arrêts remédièrent à cela et frappèrent ces derniers de la domanialité publique.

Tel par exemple, cet arrêt de Gap du 20 octobre 1895 (D. P. 1897.2.54) décidant que « les manuscrits et titres « de toute nature provenant des anciennes abbayes supprimées pendant la Révolution, font partie du domaine « public et peuvent être revendiquées perpétuellement par « l'Etat ».

Tel encore cet arrêt de la Cour de Cassation (Cass. Req. 17 juin 1896 S. 1896.1.408) qui décide que le domaine public étant inaliénable et imprescriptible, les objets mobiliers qui en font partie, comme les livres, manuscrits et miniatures d'une bibliothèque dépendant du domaine public ne peuvent donner lieu à l'application de l'article 2279 du

code civil et peuvent être l'objet d'une revendication perpétuelle, même contre un possesseur de bonne foi. En conséquence de quoi, la Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Lyon du 10 juillet 1894 (S. 1895.2.185).

Cet arrêt de la Cour de Lyon est très intéressant ; il donne un critère de la domanialité publique qui est le même que celui déjà trouvé en plusieurs arrêts et qui est assez difficile à admettre en l'occurrence.

Rappelons le cas sur lequel la Cour de Lyon avait à se prononcer.

Des miniatures avaient été volées dans la Bibliothèque de Mâcon. Une de ces miniatures volée, achetée longtemps après le vol par un antiquaire, avait été vendue par celui-ci à la ville de Lyon qui l'avait placée dans son musée. La ville de Mâcon revendiqua alors la miniature en question. Le pouvait-elle après plus de trois ans de vol et n'allait-on pas lui opposer l'article 2279 du code civil ? La Cour de Lyon décida que les miniatures qui font partie d'une bibliothèque communale font partie, comme les bibliothèques elles-mêmes du domaine public et cela parce que :

« ... l'énumération des dépendances du domaine public
« des articles 538 et 540 du code civil n'est pas limitative
« mais seulement énonciative, qu'elle doit être complétée
« par un critérium cherché dans un caractère commun à
« toutes les choses énumérées par la loi, que ce caractère
« distinctif de la domanialité publique réside dans l'affec-
« tation d'une chose à l'usage direct et immédiat du public ».

En un autre endroit de l'arrêt, la Cour de Lyon avait exposé que la loi de 1887 ne s'appliquait pas dans le cas qu'elle avait à juger, mais que cette loi n'avait pas entendu

restreindre la domanialité publique aux seuls objets mobiliers classés appartenant à l'Etat, qu'au contraire elle avait dû frapper les objets en question de la domanialité publique uniquement parce que : « n'ayant encore été ni catalogués, ni placés dans des dépôts publics et n'ayant pu « ainsi être affectés à l'usage du public, ces objets ne « pouvaient être considérés comme des dépendances du « domaine public ».

Ainsi pour la Cour de Lyon, il est évident que les objets catalogués et placés dans des dépôts publics font partie du domaine public parce qu'ils sont affectés à l'usage du public. En conséquence de quoi, les biens du domaine public étant inaliénables et imprescriptibles, la ville de Mâcon pouvait fort bien revendiquer ses miniatures volées après plus de trois ans de vol.

La Cour de Lyon s'en tient donc, elle aussi, au critérium de l'affectation à l'usage du public. Il ne nous semble pas que ce critère permette de faire rentrer les objets mobiliers classés ou non dans le domaine public, car ceux-ci sont loin d'être à la disposition directe et immédiate du public. La jurisprudence civile ne doit d'ailleurs pas le penser non plus, mais comme elle a imaginé la domanialité publique de certains objets mobiliers classés, afin de les protéger, elle a essayé d'accorder cette domanialité avec le critérium adopté généralement par elle.

Notons pour clore cette section, que la loi du 31 décembre 1913 a décidé que les objets mobiliers classés appartenant à un département, à une commune, à un établissement public ou d'utilité publique, étaient imprescriptibles et qu'ils ne pourraient être aliénés qu'avec l'autorisation du ministre et seulement au profit d'une autre administration ou d'un établissement d'utilité publique.

SECTION II

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

Jusqu'en 1935 le Conseil d'Etat ne s'était pas prononcé nettement en faveur d'un critérium domanial et c'était seulement en recherchant les biens rangés par la Haute Assemblée dans le domaine public qu'on pouvait essayer de dégager, comment il entendait la domanialité publique. Or en 1935 (28 juin 1935, D. P. 1936.3.20) à l'occasion d'un arrêt rendu par lui, il s'exprime ainsi :

« Un cimetière communal étant affecté à l'usage du public doit être compris parmi les dépendances du domaine public de la commune ».

Le Conseil d'Etat paraît donc vouloir faire de l'affectation à l'usage du public le critère de la domanialité publique. Mais qu'entendre exactement par là ? Le Conseil d'Etat ne s'est pas expliqué longuement sur ce point. Il semble bien toutefois, qu'il ait voulu adopter un critérium de caractère restrictif.

En effet, M. le Commissaire du Gouvernement Latournerie, dans les conclusions qu'il avait présentées devant le Conseil à cette occasion, avait proposé un critérium domanial qui sans être très large, l'était tout de même plus que celui adopté par le Conseil. En ne retenant pas le critérium de M. Latournerie le Conseil d'Etat a fourni une indication de sa manière de voir en cette matière, d'autant que le Commissaire du Gouvernement avait signalé qu'il refusait de faire de l'affectation à l'usage du public, le critère de la domanialité publique, parce que ce critère ne permettait pas de comprendre dans le domaine public des biens qui manifestement en font partie.

M. Latournerie proposait donc alors d'adopter le critérium que nous nous permettons de citer et qui rappelle singulièrement celui de M. Jèze.

« Les biens du domaine public, disait M. Latournerie, « sont parmi les propriétés domaniales, celles qui étant « affectées à un service public sont telles que leur emploi, « leur mise en œuvre constituent l'objet même du service, « à l'exclusion de celles qui sont seulement l'un des « moyens par lesquels le service accomplit sa mission ».

Le Conseil d'Etat a préféré au critérium de M. Latournerie, celui de l'affectation à l'usage du public. Est-ce à dire qu'il a voulu faire sien pour toujours ce critère domanial ?

M. Waline ne le pense pas (1), et il y aurait sans doute exagération à juger ainsi.

La Haute Assemblée n'a très certainement pas voulu faire de l'affectation à l'usage du public, le critère unique de la domanialité publique ; mais il est manifeste que celui-ci s'accorde tout à fait avec la consistance du domaine telle qu'elle la voyait avant 1935.

En effet, comme le fait remarquer M. Alibert (1), le Conseil d'Etat a toujours été hostile à une trop grande extension des dépendances domaniales.

M. Alibert a déduit l'opinion du Conseil d'Etat, sur la consistance du domaine, à propos de la jurisprudence qu'il a élaborée à l'occasion des détournements de pouvoir commis dans la gestion des propriétés publiques car dit-il :

« Cette jurisprudence établit la séparation la plus nette

(1) Voir note sous arrêt 28 juin 1935 ; D. P. 1936.3.20.

(2) Note sous arrêts C. E. 7 décembre 1928, 14 juillet 1929 (S. 1930.3.11).

« entre le domaine public et le domaine privé. Elle décide
« que pour la gestion du domaine privé, l'autorité
« publique ne peut, sans excès de pouvoir, user, sous sanc-
« tions pénales de son pouvoir de police, ce procédé étant
« réservé à l'administration du domaine public ».

Il n'y a donc qu'à vérifier envers quels biens le Conseil d'Etat reconnaît à l'autorité publique l'usage du pouvoir de police, pour établir la liste des biens qu'il affecte de la domanialité publique. Ce sont les canaux, les fleuves, les ports, les voies terrestres, les rivages de la mer et leur dépendance immédiate.

Il ne semble pas, bien que nous n'ayons pas trouvé d'arrêts en cette matière, que la Haute Assemblée range les bâtiments dans le domaine public. Elle ferait peut-être une exception pour les églises, si le cas se présentait devant elle; c'est ce qui semble résulter de l'arrêt du 10 juin 1921 (S. 1921.3.49). Quant aux objets mobiliers, elle les range dans le domaine privé. Nous avons relevé en ce sens, un arrêt du 4 août 1916 qui décide que le maire ne peut pas user des pouvoirs de police à l'occasion des meubles d'église.

Ayant essayé de dégager l'opinion de la jurisprudence civile et de la jurisprudence administrative sur le critérium à adopter au sujet de la domanialité publique, nous allons traiter dans le chapitre II des droits que ces deux jurisprudences sont d'avis de reconnaître sur le domaine public, à l'administration.

CHAPITRE II

SECTION I

JURISPRUDENCE CIVILE

Depuis l'arrêt de la Cour d'Appel de Caen du 21 août 1866 que nous avons déjà signalé dans notre première partie (voir plus haut page 90), il semble que la jurisprudence civile ait tendance à considérer l'Administration non pas comme propriétaire de son domaine public, mais comme gardienne et protectrice de ce domaine. Autrement dit, il semble qu'elle ait fait sienne, sur ce point, le système de Ducrocq et de M. Berthelemy.

Un arrêt de la Cour de Cassation (chambre civile, du 11 août 1891, S. 1892.1.134) a très exactement défini le droit qu'il entendait reconnaître à l'Etat sur le domaine public : Il s'agit d'un droit général qui est ainsi défini :

« Attendu que l'Etat a sur le domaine public un droit
« général en vertu duquel, il peut, à la condition de res-
« pecter la destination de ce domaine, concéder, soit à titre
« gratuit, soit à titre onéreux, certaines jouissances priva-
« tives sur les choses qui en dépendent »...

Un arrêt de la Cour de Paris du 26 mars 1920 (S. 1920.2.107) déclare que les biens du domaine public « ne peuvent
« être l'objet d'un véritable droit de propriété puisqu'ils ne
« sont dans le patrimoine de personne et hors du commerce
« et qu'il n'est permis à personne d'en jouir à titre exclu-
« sif ».

Cet arrêt nie la possibilité d'un droit de propriété sur le domaine public, mais il n'explique nullement en quoi consiste le droit de l'Administration sur ce domaine.

Dans un autre arrêt du 29 avril 1921 (S. 1921.2.127), la Cour de Paris, n'a pas été plus explicite sur ce point. Elle a déclaré, dans les mêmes termes que dans le précédent arrêt, que les biens du domaine public ne pouvaient pas être l'objet d'un droit de propriété, mais elle ne s'est pas expliquée plus avant.

A part l'arrêt de 1891 qui reprenait les termes de l'arrêt de 1866 (voir plus haut page 90), pour définir le droit de l'Etat sur le domaine public, nous n'avons pu trouver de décision où le droit de l'Administration sur ce domaine ait été nettement défini. Nous pensons que ce fait tient à ce que la jurisprudence civile, tout comme la doctrine favorable à la théorie de l'Administration non propriétaire du domaine public, a été très embarrassée pour trouver à ce sujet une formule heureuse.

La jurisprudence civile considérant les biens domaniaux comme insusceptibles de propriété, il ne peut s'agir pour elle d'admettre trois domaines publics distincts. Elle se montre attachée, au contraire, au système de l'unité du domaine public. (V. Cass. Civ. 20 décembre 1897. D. P. 1899.1.257).

Toutefois, si dans l'ensemble, les tribunaux judiciaires ne se sont pas montrés partisans d'accorder à l'Administration la propriété du domaine public, nous avons relevé cependant plusieurs décisions où certaines dépendances domaniales étaient reconnues comme étant la propriété de l'Administration. Nous citerons, en ce sens, un arrêt de la Cour de Cassation, chambre civile, du 15 mai 1861 (S. 1861.1.888) qui mentionne le droit de propriété de l'Etat

sur les chemins de fer, concédés ou non. Nous citerons également deux arrêts qui font la commune propriétaire du domaine public communal. Le premier est celui du 4 décembre 1889 (chambre des Requêtes S. 1890.1.417), le second est du 2 février 1904 (S. 1904.1.306) et il s'explique en ces termes (il s'agissait de savoir si l'on pouvait accorder l'action possessoire à une commune au sujet d'un chemin) : « attendu qu'il apparaît nettement que le dit « chemin est, dans le sens de l'article 2 de la loi du 20 « août 1881, affecté à l'usage du public à raison de sa « destination; jointe au fait d'une circulation générale et « continue, d'où résulterait aux termes de l'article 3 de « la loi précitée une présomption de propriété au profit de la commune... ».

Les décisions que nous venons de citer sont donc très certainement en contradiction avec la jurisprudence civile habituelle et, ne le sont pas moins également, ces décisions nombreuses qui accordent l'action possessoire à l'Administration, au concessionnaire, au permissionnaire, ou même au riverain du domaine public.

En effet, si l'Administration n'est pas propriétaire de son domaine public, comment expliquer que l'action possessoire lui soit permise, comment expliquer, d'autre part, que les concessionnaires, les permissionnaires et d'autres occupants du domaine public puissent se servir de cette action possessoire au sujet de leur permission ou de leur concession ? Il est bien évident que l'Etat ne peut pas accorder de droits réels sur un domaine dont il n'est pas propriétaire et, partant, les occupants de ce domaine ne peuvent agir au possessoire. Or, tout en reconnaissant que les droits des occupants du domaine ne sont pas des droits

réels, la jurisprudence civile n'hésite pas cependant à leur accorder très facilement l'action possessoire.

L'arrêt précité du 15 mai 1861, analyse le droit du concessionnaire comme étant un droit de jouissance, purement mobilier, nullement réel. Mais un arrêt de la Cour de Cassation a autorisé une compagnie de chemin de fer, à exercer la complainte contre un particulier. La Cour suprême, dans un arrêt du 5 janvier 1869 a également reconnu à un propriétaire riverain le droit d'user de l'action possessoire pour défendre ses droits de riverain.

Nous avons dit plus haut, que l'action possessoire étant accordée à l'Administration. Citons à ce propos un arrêt de la Cour de Cassation du 2 février 1904 (S. 1904.1.306) qui décide qu'une commune, en l'occurrence celle de Port-Saint-Père, peut exercer la complainte à l'égard d'un chemin situé sur un terrain appartenant à un particulier, parce que ce particulier, après avoir toléré longtemps le passage du public sur ce chemin prétendait tout d'un coup l'interdire.

Voici les termes dans lesquels s'est exprimée la Cour :
« Attendu qu'il apparaît nettement de ces constatations que
« le dit chemin est, dans le sens de l'article 2 de la loi du
« 20 août 1881, affecté à l'usage du public, à raison de sa
« destination jointe au fait d'une circulation générale et
« continue, d'où résulterait, aux termes de l'article 3 de la
« loi précitée une présomption de propriété au profit de
« la commune et, qu'ainsi se trouve déterminé le titre
« auquel a été exercé la possession de ce même chemin par
« la commune de Port-Saint-Père : que le juge du posses-
« soire ayant constaté que cette possession était annale et
« plus qu'annale, paisible, publique, non équivoque et à

« titre non précaire, a fait droit avec juste raison à l'action « en complainte de la dite commune ».

Que conclure maintenant de la position prise par la jurisprudence civile au sujet des droits dont peuvent être l'objet les biens du domaine public ? Il semble que la jurisprudence civile reste fidèle à la théorie qui refuse de faire des biens domaniaux des biens susceptibles de propriété. Ceci est la règle, mais comme toutes les règles, elle comporte des exceptions. Ces exceptions, la jurisprudence civile les a faites très volontiers en faveur des communes auxquelles elle reconnaît, dans certains cas, la propriété de leur domaine public et l'exercice des actions possessoires. Elle les a faites encore en faveur des occupants du domaine public auxquels elle ne reconnaît pas un droit réel, mais auxquels elle permet d'agir au possessoire. En agissant ainsi, il semble que les tribunaux ont eu davantage le souci de protéger le domaine public contre les emprises éventuelles des tiers que celui de savoir si l'action possessoire était compatible avec le régime juridique de ce domaine.

En résumé, il semble que les tribunaux judiciaires se sont ralliés, dans l'ensemble au système domanial proposé par Ducrocq et M. Berthelemy. Mais, mis en présence de cas concrets, ils ont adapté le système de ces auteurs aux exigences des faits, compte tenu des intérêts essentiels des collectivités publiques.

SECTION II

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

Nous avons vu dans le chapitre précédent que le Conseil d'Etat n'est pas partisan d'une trop grande extension

des dépenues domaniales ; nous allons voir maintenant qu'il a tendance à faire de l'Administration la propriétaire du domaine public.

Nous trouvons plusieurs arrêts en ce sens.

Tout d'abord l'arrêt du 16 juillet 1909 (S. 1909.3.97) par exemple, qui dit expressément qu'une ville, en l'occurrence de la ville de Paris, est propriétaire de ses voies publiques, puis l'arrêt du 13 mars 1925 (S. 1925.3.63), qui fait suite à l'arrêt de 1909 et qui reconnaît également le droit de propriété de la ville.

Notons en passant, à propos de ces deux arrêts, que M. le Commissaire du Gouvernement Teissier (pour le premier), et M. le Commissaire du gouvernement Rivet (pour le second), dans les conclusions qu'ils ont présentées devant le Conseil d'Etat à ces occasions, se sont prononcés tous les deux nettement, pour une division du domaine public, en trois parties distinctes les unes des autres.

Le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé explicitement sur ce point, mais comme par ailleurs, il a adopté les solutions proposées par les dits commissaires du gouvernement, on peut supposer qu'il s'est rallié à leur opinion.

Enfin, un arrêt du 17 janvier 1923 (S. 1925.3.17) annoté par Hauriou qui le considère comme décisif, a déclaré que les terrains des ports appartenaient à l'Etat.

Voici ce dont il s'agissait :

Une entreprise avait été déclarée adjudicataire des travaux de reconstruction d'un môle du port d'Oran. Durant les travaux, elle avait recueilli une certaine quantité de charbon tombé dans le port au cours de déchargements. Le charbon en question, avait été vendu, comme épave, par les soins de l'Inscription Maritime et l'Entreprise avait alors réclamé la somme produite par la vente.

Or, d'après l'article 25 du cahier des charges, il était stipulé que l'Administration se réservait la propriété de tous les objets se trouvant dans les terrains appartenant à l'Etat.

L'affaire fut portée devant le Conseil de Préfecture d'Oran qui condamna l'Algérie à payer une indemnité à l'entreprise adjudicataire, parce que le charbon objet du litige n'avait pas été trouvé dans un terrain appartenant à l'Etat « aucun texte n'ayant placé le fond de la mer dans « le domaine de l'Etat ».

Le Conseil d'Etat fut à son tour saisi de l'affaire et décida que suivant l'article 25 du cahier des charges, le charbon revenait à l'Etat car il se trouvait bien dans un terrain appartenant à l'Etat.

Hauriou, de cette décision du Conseil d'Etat a tiré la conclusion que la Haute Assemblée avait voulu trancher « sans discussion possible » la question de propriété de l'Etat sur son domaine public. Voici ce qu'écrivit l'éminent auteur à ce sujet, dans la note qu'il a fait paraître sous cet arrêt : « L'intention du Conseil d'Etat est d'autant plus « certaine que le Conseil de Préfecture d'Oran avait condamné l'Administration parce qu'il prenait sur la question de la propriété du port le parti opposé. Cette question de propriété faisait donc le fond du débat même, « entre le juge du premier ressort et le juge d'appel. Il « y avait eu déjà bien des décisions favorables, mais qui « étaient moins typiques que celle-là ».

Hauriou est donc très catégorique. Pour lui, cela ne fait aucun doute, le Conseil d'Etat s'est affirmé favorable à la propriété de l'Etat sur le domaine public. Sans doute a-t-il raison, quoiqu'à vrai dire, la Haute Assemblée, tout en adoptant les conclusions de M. le Commissaire du Gou-

vernement Corneille n'ait pas reproduit dans son arrêt le terme de « propriété » dont celui-ci s'était servi dans son rapport. Elle s'est contentée d'employer l'expression « appartenant à l'Etat ». Mais peut-être n'y a-t-il là aucune restriction, aucune intention cachée de sa part et considère-t-elle les expressions « propriété de l'Etat » et « appartenant à l'Etat » comme équivalentes.

Ce qui nous incite à penser ainsi, c'est sa jurisprudence en matière des droits constitués sur le domaine public. Depuis une trentaine d'années, en effet, le Conseil d'Etat semble s'appliquer à fortifier les droits des occupants du domaine public. Il a reconnu au riverain d'une voie publique, un droit de vue et d'accès avec possibilité d'obtenir une indemnité, s'il est porté atteinte à ce droit (Toulouse, 26 novembre 1908 S. 1911.2.209 Note M. Mestre). Nous avons déjà signalé cet arrêt (voir page 122).

Le Conseil d'Etat a de même été très favorable au permissionnaire. Nous savons que le permissionnaire tient son titre d'une autorisation de l'Administration qui peut refuser cette autorisation, que cette permission, une fois accordée est précaire et révocable, mais il semble bien résulter de la jurisprudence du Conseil : 1° que la permission ne peut être refusée que si l'intérêt du domaine l'exige et qu'il peut y avoir lieu à recours pour excès de pouvoir, lorsque le refus apparaît entaché du détournement de pouvoir ou d'erreur de droit ; 2° que la permission ne peut être retirée que si l'intérêt du domaine l'exige ou si le permissionnaire n'observe pas les conditions prévues. En outre la précarité n'existe pas à l'égard des tiers, elle n'existe qu'à l'égard de l'Administration (Arrêt du C. E. 13 mars 1903. Recueil arrêt du conseil, page 243. Cet

arrêt a accordé une indemnité au permissionnaire troublé dans la jouissance de sa permission).

Enfin, en matière de concession, le Conseil d'Etat a jugé à plusieurs reprises que le concessionnaire n'était pas tenu de subir les troubles de jouissance occasionnés par des travaux publics qui n'étaient pas faits dans l'intérêt même du domaine public occupé et qu'il y avait lieu dans ce cas à indemnité.

C'est ainsi que dans trois arrêts :

3 février 1905	{	rapportés
19 mai 1905		- au Sirey
11 mai 1906		1906.3.145

le Conseil d'Etat a condamné la ville à payer une indemnité au concessionnaire à raison de dommages causés par des travaux « anormaux ». Il s'agissait, dans le premier cas, de dommages causés à la Compagnie Générale des Omnibus, par la construction de la première ligne du métro. Dans le second cas, de dommages causés à la même Compagnie par les travaux de l'Exposition universelle de 1900. Dans le troisième cas, de dommages causés à la Compagnie générale des tramways par les travaux de l'exposition universelle de 1900. Les trois arrêts en question spécifiaient bien que le concessionnaire ne peut réclamer aucune indemnité à raison du trouble ou des interruptions de service qui pourraient résulter « de mesures temporaires d'ordre ou de police », ou encore de travaux anormaux faits dans « l'intérêt direct de la voie publique » et qu'ils accordaient en l'occurrence une indemnité au concessionnaire parce qu'il

s'agissait de travaux « d'une nature ou d'une importance exceptionnelle, de travaux anormaux » (1).

Notons, en outre, que dans un arrêt du 25 mai 1906 (S. 1908.3.65) la haute Assemblée a défini le droit du concessionnaire comme « un droit exclusif de jouissance », ce qui cadre tout à fait avec les décisions précitées.

Hauriou a annoté cet arrêt de 1906 et il s'est empressé de classer le droit du concessionnaire, ainsi défini par le Conseil d'Etat, dans la catégorie des droits réels administratifs.

D'après la jurisprudence du Conseil d'Etat que nous venons d'étudier, il paraît évident que celui-ci ne considère pas les biens du domaine public comme « hors du commerce » et qu'il a par conséquent préféré, sur ce point, la théorie d'Hauriou à celle de M. Berthelemy. Cela est assez curieux, car nous avons vu dans le chapitre précédent que le Conseil d'Etat, à l'encontre d'Hauriou, restreignait plutôt la liste des dépendances domaniales.

Il a donc adopté, pour partie, chacun des deux grands systèmes doctrinaux en matière domaniale, ce qui fait l'originalité de sa conception du domaine.

(1) Voir encore en ce sens arrêt C. E. 24 nov. 1905 (S. 1907.3.134) et 2 arrêts plus récents annotés par M. Alibert, C. E. 7 déc. 1928, 19 juillet 1929 (S. 1930.3.1).

APPENDICE

Il nous reste maintenant, ainsi que nous l'avons annoncé au début de notre seconde partie, à dire un mot de la position prise par l'Administration des Domaines en matière de domanialité publique.

Au cours de notre travail, nous avons déjà eu, d'ailleurs, des échos à ce sujet. En effet, à plusieurs reprises, nous avons cité des auteurs comme Fessard, de Recy, Maguero qui ayant appartenu aux cadres de l'Administration en question, se sont trouvés amenés tout naturellement à refléter dans leurs ouvrages la doctrine en faveur dans les Bureaux à la fin du xix^e siècle.

Ces auteurs, nous nous en souvenons, se montraient les partisans fervents d'un domaine public insusceptible de propriété privée confié à la garde de l'Administration et adoptaient comme critérium de la domanialité publique, l'affectation à l'usage du public.

L'Administration des Domaines ne paraît pas jusqu'à présent avoir changé d'opinion. Pour elle le domaine public est toujours celui qui étant affecté à l'usage du public comprend des biens qui par leur nature ou par leur destination sont insusceptibles de propriété privée, celui qui est confié à la garde et la surveillance de l'Administration. En ce qui concerne la consistance du domaine public, l'Administration des Domaines considérant que les articles 538 et 540 du code civil ne sont pas limitatifs, admet également la domanialité publique des églises, des chemins de fer, des canaux, des aérodromes civils avec leurs dépendances bâties ou non (Instruction n° 3896-26), des musées, des bibliothèques et de certains objets mobiliers classés. Par contre

elle range les bâtiments administratifs dans le domaine privé où elle leur fait une place à part sous le nom « de biens affectés à un service public ».

Les biens faisant partie du domaine public appartiennent-ils à l'Etat, au Département, à la Commune ? L'Administration des Domaines ne le pense pas, puisqu'il ne peut être question à leur égard d'une propriété véritable et de cela elle tire deux conclusions : 1) On ne peut pas concéder de droits réels, ni de servitudes sur le domaine public. 2) Le domaine public est un, et domaine public national, domaine public départemental, domaine public communal, sont trois parties d'un même tout, le domaine public général soumis à la garde de l'Etat.

Voici d'ailleurs comment M. Dementhon (1) résume ce dernier point dans son *Traité du Domaine de l'Etat* (page 25) : « L'Etat préposé à la garde du domaine public peut « décider souverainement que la gestion de telle ou telle « partie de ce domaine doit être enlevé à la personne morale « à qui elle était confiée, pour lui être remise. L'opération « n'entraîne aucune mutation de propriété en raison, tant « de l'unité du domaine public que du fait qu'il n'est pas « susceptible de propriété véritable ».

L'Administration paraît donc jusqu'à maintenant avoir préféré aux solutions du Conseil d'Etat, les solutions traditionnelles de la jurisprudence civile. Toutefois elle n'est peut-être pas loin de les abandonner, car un mouvement se dessinerait, paraît-il, parmi les membres de cette Administration, qui tendrait à rejeter les vieilles formules domaniales pour les remplacer par des notions très voisines de celles proposées par Hauriou.

(1) Ancien Chef de Bureau à la Direction Générale de l'Enregistrement et des Domaines.

CONCLUSION

Au cours de la première partie de notre travail, nous avons essayé de montrer comment était née la distinction du domaine public et du domaine privé. Nous avons, de ce fait, assisté au travail d'une longue lignée de juristes tendant vers le même but : faire une place à part dans le domaine aux « choses publiques ».

Nous avons vu comment peu à peu, cette idée de deux domaines à l'intérieur d'un seul s'était infiltrée dans les esprits, et comment Proudhon, avec ses formules heureuses, son nouveau vocabulaire, avait été suivi, avec ensemble, par la Doctrine et la Jurisprudence.

Dans notre seconde partie, nous avons fait l'étude de la domanialité publique telle qu'elle se présente à l'heure actuelle. Nous avons alors constaté que deux théories domaniales s'affrontaient, l'une tirant la domanialité publique de la nature du bien, refusant la propriété des biens domaniaux à l'Administration et partisane de l'unité du domaine public, l'autre au contraire, adoptant comme critère de la domanialité publique, l'affectation d'un bien à un service public ou à l'utilité publique et faisant de l'Etat, du Département, de la Commune, des propriétaires de leurs domaines publics respectifs.

Nous avons également constaté, dans cette seconde partie, les réactions de la jurisprudence civile et de la jurisprudence administrative en présence des systèmes domaniaux proposés par la Doctrine.

Arrivés à cet endroit de notre étude et devant conclure, il est assez naturel que nous nous demandions, si la notion de domanialité est une notion absolument nécessaire dans le droit administratif actuel.

Il ne nous le semble pas et cela pour plusieurs raisons. La notion de domanialité publique serait peut-être excellente si elle avait été nettement définie une fois pour toutes. Malheureusement, elle ne l'a pas été ou plutôt elle l'a trop été.

Les auteurs postérieurs à Proudhon qui adoptèrent sa doctrine voulurent définir le domaine public. Pour cela, ils se reportèrent à son traité du domaine dans lequel ils trouvèrent proposés plusieurs critères domaniaux. Cela ne résolvait pas le problème et créait, au contraire, une sorte de flottement. Ne trouvant rien de net dans Proudhon, c'est aux articles 538 à 541 du code civil qu'ils se reportèrent alors. Mais ceux-ci ne contenaient qu'une énumération pêle-mêle des biens du domaine et ne pouvaient leur fournir aucun renseignement précis sur la domanialité publique, pour l'excellente raison que dans ces articles, l'expression domaine public était employée dans un sens très différent de celui que lui avait donné Proudhon.

Quant aux lois du 16 juin 1851, du 24 juillet 1867, du 11 juin 1880, elles ne contenaient aucune définition du domaine public et ne faisaient que constater, la première, l'existence d'un domaine public et d'un domaine privé en Algérie, la seconde et la troisième l'existence d'un domaine public communal et départemental.

Les auteurs livrés à eux-mêmes se virent dans l'obligation de définir, par leurs propres déductions, le domaine public. C'est ce qui explique pourquoi tant de critères ont été proposés à ce sujet. Un seul point est, en effet, acquis

par tous : l'existence d'un domaine public et d'un domaine privé ; quant à savoir où s'arrête le domaine public, où commence le domaine privé, les avis sont très partagés, nous l'avons vu dans notre seconde partie.

La notion de domanialité publique ne se présente donc pas nettement à un esprit non prévenu puisqu'il n'existe pas de délimitation tranchée entre le domaine public et le domaine privé.

D'autre part, nous savons que les principales conséquences de la domanialité publique sont l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. Or ce principe de l'inaliénabilité du domaine public ne se trouve pas non plus dans le code. Ce sont les auteurs qui l'ont déduit de leurs théories domaniales. Pour les partisans de la domanialité publique tirée de la nature du bien, l'inaliénabilité s'explique par ce fait que l'Administration n'a aucun droit de propriété sur les biens domaniaux, puisque par leur nature, ils sont hors du commerce. M. Berthelemy, en particulier, est très affirmatif sur ce point.

Or si vraiment un bien du domaine public est inaliénable, uniquement parce que sa nature s'oppose à ce qu'il soit approprié, le principe de l'inaliénabilité et partant la notion de domanialité publique sont bien près de paraître inutiles. En effet, pendant des siècles, le roi a eu la propriété des choses publiques ; si ces choses ont pu être appropriées jadis, il paraît difficile de soutenir qu'elles ne peuvent plus l'être aujourd'hui. D'ailleurs la jurisprudence civile, pourtant favorable en général au système domanial de M. Berthelemy, a reconnu à l'Etat la propriété de certaines dépendances domaniales (chemins de fer par exemple. Cass. 15 mai 1860 S. 1861.1.880) ; elle a accordé souvent, en matière de domaine public, les actions possessoires

à la Commune, la reconnaissant ainsi implicitement propriétaire de ce domaine.

L'explication donnée par M. Berthelemy, de l'inaliénabilité du domaine n'est donc pas suffisante, à notre avis, pour fonder cette inaliénabilité.

Les partisans des théories domaniales fondées sur l'affectation ont cherché, ailleurs que dans la nature, le motif de l'inaliénabilité du domaine public. Pour eux, et en particulier pour Hauriou, seule l'affectation l'explique. Cette affectation créatrice d'inaliénabilité n'empêche pas la propriété administrative de l'Etat, du Département, de la Commune sur les dépendances domaniales ; seulement, cette propriété administrative est grevée d'affectation.

Pour Hauriou et ses partisans, il n'y a donc pas tant inaliénabilité du domaine public que limitation apportée aux aliénations par l'affectation de ce domaine. Il résulte donc de cela que l'inaliénabilité du domaine public est relative, qu'elle commence avec l'affectation et cesse en même temps qu'elle.

Cette théorie d'une propriété administrative grevée d'affectation est adoptée maintenant par la majorité de la Doctrine, et nous avons vu le Conseil d'Etat s'y rallier.

C'est donc revenir un peu aux théories de l'ancien droit qui faisaient du roi le propriétaire du domaine ; c'est donc s'écarter des idées de Proudhon et de la doctrine de la seconde moitié du XIX^e siècle ; c'est donc en définitive, ne plus reconnaître comme absolument utile la notion de domanialité publique.

Aussi on peut se demander à juste titre si cette notion ne sera pas remplacée par une autre. C'est ce que pense M. Capitant et ce qu'il propose dans une note qu'il a fait

paraître sous un arrêt du Conseil d'Etat du 17 février 1932 (D. P. 1933.3.49).

Pour M. Capitant la notion d'affectation doit remplacer la notion d'inaliénabilité puisque le domaine public n'est pas inaliénable, mais grevé d'affectation ; partant de là, il en arrive à rejeter la distinction du domaine public et du domaine privé.

« Il ne saurait, dit-il, y avoir entre le domaine public
« et le domaine privé de frontière tranchée dans le genre
« de celle que la doctrine classique essayait de tracer. Pour
« qu'on puisse arrêter une liste des dépendances du domai-
« ne public, il faut que celles-ci soient soumises à un
« régime juridique uniforme et déterminé, tel que pou-
« vait être le régime d'inaliénabilité. L'idée d'affectation,
« au contraire, est trop nuancée pour prêter à une classi-
« fication rigide. A chaque genre d'affectation correspond
« un régime juridique différent ; le domaine public tend
« donc, de ce point de vue à se fractionner, à se diversi-
« fier ».

Ce développement rappelle tout d'abord la théorie de Duguit, mais, M. Capitant va plus loin que cet auteur, puisqu'en terminant sa note, il se pose la question suivante : « Faut-il encore parler de domaine public ? » et qu'il y répond ainsi : « Si l'on admet avec nous, que l'idée
« essentielle est celle d'affectation, que c'est l'affectation
« qui crée le régime spécial dans sa mesure et à son image,
« on ne sera pas loin de nier l'utilité de la notion de
« domaine public. Elle apparaîtra comme une notion vieillie
« à laquelle il conviendrait de substituer comme à celle
« d'inaliénabilité, la notion d'affectation ».

Qu'advient-il de la suggestion de M. Capitant ? Il n'est pas possible de se prononcer sur ce point. Il semble

néanmoins que la notion d'affectation assouplirait singulièrement le régime domanial et qu'elle protégerait aussi sûrement les biens du domaine que la notion de domanialité publique (1).

Si la suggestion de M. Capitant était adoptée, il ne serait pas douteux que ce serait la fin de la distinction du domaine public et du domaine privé. Cela correspondrait, peut-être, à une nécessité, car si après un siècle doctrine et jurisprudence n'ont pu arriver à se mettre d'accord sur la répartition des biens entre les deux domaines, c'est probablement, c'est certainement même parce que la fameuse distinction ne repose pas sur la réalité des faits.

Vu : le Doyen,
R. RIPERT.

Vu : le Président de la Thèse,
M. MESTRE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
ROUSSY.

(1) Notons d'ailleurs qu'actuellement les biens du domaine public ne sont pas les seuls à être efficacement protégés et que les forêts, qui de l'avis de tous (sauf Duguît) font partie du domaine privé sont aussi inaliénables. Elles sont protégées par le régime forestier dont l'ensemble des règles a été codifié par la loi du 21 mars 1827 dite Code Forestier.

LISTE DES LIVRES CONSULTÉS

- ALIBERT. — Le contrôle juridictionnel de l'administration. Archives Parlementaires 1^{re} série (1789-1799).
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil (1819, Tome 2).
- BACKAUSSEN. — Etude sur la Théorie générale du domaine public. R. D. P., Tome 18, pages 401 et suivantes. R. D. P., Tome 19, pages 31 et suivantes.
- BERTHELEMY. — Traité de droit administratif (1930).
- BOSQUET. — Dictionnaire raisonné du domaine (1762).
- CHOPPIN. — Traité du domaine de la Couronne (1662).
- DU CAURROY. — Commentaire théorique et pratique du code civil (1851, 2 vol., Tome 2).
- COTELLE. — Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics (1862, T. 3).
- DECLAREUIL. — Histoire générale du droit français (1925).
- DELVINCOURT. — Cours de droit civil (1824, Tome 1).
- DEMENTHON. — Traité du domaine de l'Etat.
- DEMOLOMBE. — Cours de code Napoléon (T. 1, 1863).
- DE RECY. — Traité du domaine public (1894).
- DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel.
— Le Droit public 1713 (2 Tomes en 1 vol. in Col).
- DUCROCQ. — Cours de droit administratif (1874).
- DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel (T. 3, 2^e éd.).
- DURANTON. — Cours de droit français suivant le code civil (1828, Tome 4).
- ESMEIN. — Cours élémentaire d'histoire du droit français.
- FOUCART. — Eléments de droit public et administratif (T. 2, 4^e éd.).

- GAUDRY. — Traité du domaine public (1867, Tome 1).
- GERANDO. — Institutes du droit administratif français, éd. 1829 et 1842).
- HAURIUO. — Précis de droit administratif (1921).
- ISAMBERT. — Traité de la voirie rurale et urbaine (1825).
- JÈZE. — Eléments de droit public et administratif. R. D. P. 1910, pages 695 et suivantes.
1911, pages 307 et suivantes
1921, pages 361 et suivantes.
- LAFERRIÈRE. — Cours théorique et pratique du droit public et administratif (1860).
- LAFERRIÈRE (E.). — Traité de la juridiction administrative.
- LEFEVRE DE LA PLANCHE. — Mémoires sur les matières domaniales (1764-1765).
- LE RAT DE MAGNITOL et HUARD-DELAMARE. — Dictionnaire de droit public et administratif (Vis Domaine de la Couronne, Domaine de l'Etat, Domaines nationaux).
- LOYSEAU. — Œuvres 1666 (Nouvelle édition, revue par M. Claude Joly).
- MACAREL et BOULATIGNIER. — De la fortune publique en France et de son administration (1838).
- MERLIN. — Répertoire V^o Domaine.
- MONTEIL. — Formation et Evolution de la notion de domanialité publique (1902).
- PARDESSUS. — Traité des servitudes suivant les principes du code civil (1806).
- PELLOUX. — Le problème du domaine public (1932).
- PROUDHON. — Traité du domaine public (1833).
- ROLLAND. — Précis de Droit administratif.
- TOULLIER. — Droit Civil Français (Tome 3).
- WALINE. — Les mutations domaniales (1925).

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE DE LA DISTINCTION DU DOMAINE PUBLIC ET DU DOMAINE PRIVÉ

TITRE I. — <i>Le Domaine à Rome</i>	8
CHAPITRE UNIQUE. — <i>Section I. — Histoire des biens hors du commerce</i>	9
<i>Section II. — Histoire de l'ager pullicus</i>	12
TITRE II. — <i>Le Domaine dans notre ancien droit</i>	15
CHAPITRE I. — <i>Section I. — Historique du domaine depuis l'invasion des Barbares en Gaule jusqu'à la Révolution</i>	17
<i>Section II. — Caractères du domaine à cette époque</i>	22
CHAPITRE II. — <i>Théories de certains juristes de l'ancien droit</i>	30
<i>Section I. — Choppin</i>	31
<i>Section II. — Loiseau</i>	33
<i>Section III. — Domat</i>	34
<i>Section IV. — Lefèvre de la Planche</i>	36
TITRE III. — <i>Le Domaine de la Révolution à la Loi de 1851</i>	41
CHAPITRE I. — <i>La loi domaniale de 1790</i>	42
<i>Section I. — Travaux préparatoires de la loi</i>	43
§ 1. — Premier rapport d'Enjubault de la Roche	44
§ 2. — Rapport de Barrère de Vieuzac	46
§ 3. — Second rapport d'Enjubault de la Roche	47
<i>Section II. — Texte de la loi</i>	49
§ 1. — Qu'est-ce que le domaine national ?	50
§ 2. — A qui appartient le domaine national	52

§ 3. — Aliénabilité et prescriptibilité du domaine national	52
§ 4. — Domaine national et Domaine public.....	55
CHAPITRE II. — <i>Les articles 538 à 541 du Code Civil</i>	59
Section I. — Travaux préparatoires	60
Section II. — Texte des articles.....	65
Section III. — Commentateurs du Code Civil.....	68
§ 1. — Civilistes.....	68
§ 2. — Auteurs du droit administratif.....	74
CHAPITRE III. — <i>Proudhon</i>	78
Section I. — Etude du système domanial de Proudhon....	78
Section II. — Influence de Proudhon.....	82
§ 1. — Sur la doctrine.....	83
§ 2. — Sur la jurisprudence.....	88
§ 3. — Sur la législation.....	90

DEUXIÈME PARTIE

ETUDE DE LA DISTINCTION DU DOMAINE PUBLIC ET DU DOMAINE PRIVÉ TELLE QU'ELLE SE PRÉSENTE ACTUELLEMENT

TITRE I. — *Etude des Critères proposés en matière domaniale et des droits reconnus à l'Etat sur le domaine public par la doctrine*

CHAPITRE I. — <i>Critères</i>	98
Section I. — Critères tirés de la nature du bien.....	98
Section II. — Critères tirés de l'affectation du bien.....	104
CHAPITRE II. — <i>Droits de l'Etat sur le domaine public</i>	113
Section I. — L'Etat n'est que le gardien du domaine public	113
Section II. — L'Etat est propriétaire du domaine public..	118

TITRE II. — <i>Etude des critères proposés en matière domaniale et des droits reconnus à l'Etat sur le domaine public par la jurisprudence</i>	125
CHAPITRE I. — <i>Critères</i>	126
<i>Section I. — Jurisprudence civile</i>	126
<i>Section II. — Jurisprudence administrative</i>	131
CHAPITRE II. — <i>Droits de l'Etat sur le Domaine public</i>	134
<i>Section I. — Jurisprudence civile</i>	134
<i>Section II. — Jurisprudence administrative</i>	138
APPENDICE. — <i>Position prise par l'administration des domaines en matière de domanialité publique</i>	144
CONCLUSION.	146
BIBLIOGRAPHIE	152

Imp. M. REMONDIN
13, rue de Brébisson - Falaise

1939

